

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
CONTRARIÉTÉS DE DÉCISIONS
SUSCEPTIBLES DE RÉSULTER DE LA COEXISTENCE
DES
DEUX ORDRES DE JURIDICTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 18 Janvier 1912, à 1 h. 1/2

PAR

Robert DUQUESNEL

Licencié-ès-lettres

Président : M. R. JACQUELIN, professeur
Suffragants { *MM. LARNAUDE, professeur*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DES SCIENCES POLITIQUES ET SOCIALES

MARCEL RIVIÈRE & C^{ie}

31, rue Jacob et 1, rue Saint-Benoît

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
CONTRARIÉTÉS DE DÉCISIONS
SUSCEPTIBLES DE RÉSULTER DE LA COEXISTENCE
DES
DEUX ORDRES DE JURIDICTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 18 Janvier 1912, à 1 h. 1/2

PAR

Robert DUQUESNEL

Licencié-ès-lettres



Président : M. R. JACQUELIN, professeur

Suffragants { *MM. LARNAUDE, professeur*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DES SCIENCES POLITIQUES ET SOCIALES

MARCEL RIVIÈRE & C^{ie}

31, rue Jacob et 1, rue Saint-Benoît

1912

A MA MÈRE

A MA GRAND'MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES CONTRARIÉTÉS DE DÉCISIONS

SUSCEPTIBLES DE RÉSULTER DE LA COEXISTENCE

DES

DEUX ORDRES DE JURIDICTIONS

CHAPITRE INTRODUCTIF

DUALITÉ DE JURIDICTIONS

RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

COEXISTENCE DES DEUX ORDRES DE JURIDICTIONS

L'ensemble des litiges susceptibles de naître des rapports sociaux est partagé en France entre deux ordres de juridictions. Il existe une juridiction administrative distincte de l'ordre judiciaire ; à la tête de chaque catégorie de tribunaux un tribunal suprême a été institué, Conseil d'État pour l'une, Cour de cassation pour l'autre. Aucun lien de droit ne relie ces deux hautes assemblées. A peine pour départager les compétences a-t-on cru devoir instituer un tribunal des conflits. Sur le fond des affaires le Conseil et la Cour jouissent d'une entière liberté d'appréciation.

Nous ne voulons pas entrer dans les interminables discussions qu'entraînerait l'examen de la conformité ou de la non-conformité de ce système avec la notion de séparation des pouvoirs telle qu'elle a été posée au xvii^e siècle par Montesquieu (1), et adoptée par les constitutions françaises successives. Nous partons d'un fait : l'institution d'une juridiction administrative. Toutefois, avant d'examiner les conséquences qu'entraîne notre système, il nous paraît utile de retenir un des caractères historiques de la législation française, dont notre conclusion se propose d'examiner la valeur et la justesse. Il nous semble que la préoccupation du législateur révolutionnaire a porté bien moins sur un essai de réalisation du principe théorique de la séparation des pouvoirs que sur une défiance persistante, et, paraît-il, un peu puérile, des abus judiciaires de l'ancien régime. Le souvenir des arrêts de réglemens, des refus d'enregistrement d'ordonnance, du droit de citation des administrateurs à la barre a pesé lourdement et pèse encore sur l'esprit du législateur et des écrivains de droit public. Encore que le temps en passant ait modifié l'esprit des hommes, l'aspect des choses est demeuré le même : l'effet a survécu à sa cause. Aujourd'hui les tribunaux judiciaires ne sont plus animés des tendances ambitieuses des anciens parlements ; la Cour de cassation mérite à tous égards le respect et la confiance et pourtant

1. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, l. IX, ch. IV.

un esprit de malaise et des lois de défiance donnent encore à notre système l'aspect d'une organisation de combat.

Et certes ce caractère ne fait de doute pour personne. Justifié ou non par les principes fondamentaux de notre droit, le principe de la dualité de juridictions a revêtu un caractère agressif que la lecture des textes fondamentaux révèle sans circonlocutions. La loi des 16-24 août 1790 dispose : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront à *peine de forfaiture* troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs. »

La Constitution de 1791 (t. III, ch. V, art. 3) reprend la formule : « Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, *ni entreprendre sur les fonctions administratives.* »

Enfin le décret du 16 fructidor an III, plus menaçant, précise : « *Défenses itératives* sont faites aux tribunaux *de connaître des actes d'administration*, de quelque espèce qu'ils soient, *aux peines de droit.* »

Aucune méprise n'est possible ; c'est le pouvoir judiciaire qu'on craint ; c'est lui que l'on menace de la « forfaiture » et des « peines de droit ». On a dit que notre système consacrait « l'indépendance absolue de l'administration par rapport à la justice ».

Nous ne songeons pas à discuter cette formule (2),

2. Voir sur la séparation des pouvoirs dont la critique excède

mais nous devons avouer qu'elle s'explique, au moins en partie, par l'hostilité des législateurs à l'égard des tribunaux judiciaires.

Entre les deux institutions investies du pouvoir de juger, ce n'était pas une tâche facile de répartir les affaires. Les textes révolutionnaires avec la logique têtue qui les caractérise avaient pris à la lettre l'interdiction faite à la justice par les lois de 1790 et 1791 de s'immiscer dans les choses de l'administration. L'arrêté du Directoire du 2 germinal an V qualifiait d'actes administratifs : « toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du gouvernement, par les agents immédiatement sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor public. » Ce critérium avait au moins le mérite de la clarté ; mais sa rigueur parut injustifiable. On a cru pouvoir rétrécir et préciser la notion d'autorité administrative. On a constaté qu'au pouvoir dont jouit l'état de commander aux citoyens s'ajoute un mode d'activité semblable en apparence à l'activité des particuliers. Quand l'administration passe un contrat par exemple, il n'est pas admissible de traiter le contentieux né de cette opération juridique autrement que le contentieux des contrats privés (1). On a donc prétendu fonder la

les limites de cette étude, les traités de MM. Berthélemy, Ducrocq, Duguit, Esmein, Hauriou, Jacquelin et aussi les articles de M. Artur, *Revue du droit public*, 1900 et 1901, ainsi que Gautier, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*.

1. En ce sens Merlin, qui qualifiait la tendance qui portait à enlever aux tribunaux judiciaires la compétence pour les contrats,

répartition des compétences sur une différence de nature des actes du pouvoir exécutif ; et peu à peu s'est élaborée cette doctrine que les actes de puissance publique relèvent exclusivement des tribunaux administratifs, tandis que les tribunaux judiciaires conservent la connaissance des litiges nés à l'occasion des actes administratifs de patrimonialité (1), de personnalité morale (2), de gestion (3). Pas plus d'ailleurs que sur ces trois termes, la doctrine n'a jamais pu complètement s'entendre sur leur contenu ; des divergences se sont manifestées et persistent entre les auteurs. En vérité il serait difficile qu'il en fût autrement. Il est aisément concevable que l'on puisse opposer un règlement de police à un bail d'immeuble communal, mais dans les cas intermédiaires l'esprit se heurte souvent à des complexités insurmontables. Dans un même acte l'élément puissance publique coexiste avec l'élément gestion, à tel point que l'on a pu nier la possibilité d'expliquer, en fonction de cette notion fuyante, les solutions de notre droit positif (4).

baux, transactions d' « idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues, qui révoltent le bon sens ».

1. Formule proposée par M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 83 et suiv.

2. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 267 et 268, p. 323 à 327. — Michoud, *Revue du droit public et de la science politique*, 1895, t. III, p. 401 et suiv.

3. Berthélemy, *Traité de droit administratif*, 4^e éd., p. 889 et suiv.

4. Teissier *Responsabilité de la puissance publique*, p. 158 et suiv., p. 171 et suiv. — Jacquelin, *op. cit.*, p. 93 et suiv. — Romieu, *Conclusions*. — Aff. Tomaso Gréco, 10 février 1905. — Aff. Lebon, 1905, p. 139.

Il faut aussi convenir que la loi elle-même, dans les solutions qu'elle a proposées, s'est complue à embrouiller la question et à jeter le trouble dans les pénibles constructions des théoriciens. Avec plus ou moins de logique et de raison, elle a semé les exceptions. D'authentiques actes de puissance publique ont été par elle soumis au contrôle judiciaire, et pour compenser sans doute, des actes dits de gestion ont fait retour aux tribunaux administratifs. Ainsi le jugement d'expropriation (loi de 1841), l'examen de la légalité des règlements de police (art. 471-15° Code pénal), l'application des règlements de petite voirie (art. 471-5° et 479 du Code pénal) sont confiés aux tribunaux judiciaires. A l'inverse, les tribunaux administratifs connaissent des marchés de travaux publics et des ventes domaniales (art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII), des baux des sources minérales appartenant à l'État (arrêté du 3 floréal an VIII), des marchés de fournitures de l'État (décret du 11 juin 1806).

Il y a là tout un enchevêtrement de dispositions, dans le détail et l'examen desquels nous ne saurions entrer au cours de cet exposé préliminaire qui a pour seul objet de situer notre travail dans le droit administratif général, mais d'où pour quiconque n'est pas prévenu se dégage une impression d'incohérence. En réalité « le législateur français ne s'est inspiré d'aucune considération d'ordre rationnel, mais seulement de considérations empiriques, de commodité administrative et d'opportunité gouvernementale » (1).

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 107.

Sous l'impulsion des circonstances, grâce à l'influence de tel ou tel courant d'opinion, les diverses catégories d'affaires ont été réparties sans plan entre les deux ordres de juridiction : nous retrouvons là l'esprit qui a présidé à l'élaboration du principe général : des méfiances, des craintes, pas de système.

Les événements ont-ils donné raison au législateur ? Dans sa construction laborieuse et centralisatrice ne s'est-il pas laissé abuser par des défiances a priori ? Il nous a paru intéressant de rechercher si l'organisation réalisée a confirmé les espérances mises en elle ; on voulait procurer une application rigoureuse des textes administratifs ; laquelle des deux juridictions a fait meilleur marché des lois et des principes ? Nous avons en quelques mots caractérisé l'esprit de notre législation, il nous reste maintenant à l'apprécier en elle-même, et à en déterminer la valeur concrète.

Et certes la recherche risquerait de demeurer vague et sans portée, si la loi — on ne sait trop par quelle coquetterie — ne s'était attachée quelquefois à rapprocher ou à juxtaposer les contrôles des tribunaux des deux ordres. C'est ainsi que les oppositions peuvent être saisies sur le vif. Il arrive en effet que le choix des plaideurs déterminera dans certains cas la juridiction compétente, ou bien à propos d'espèces différentes les tribunaux judiciaires ou administratifs auront mission, soit d'interpréter ou d'appliquer le même texte, soit de suppléer au silence de la loi. Citons à titre d'exemple les cas suivants

découlant de lois relativement récentes : la détermination des industries et des exploitations soumises à la loi de 1898 sur les accidents du travail, qui est opérée à la fois par la Cour de Cassation et par le Conseil d'État, la première statuant directement sur la question de savoir à quelles professions s'applique la loi, le second arrivant indirectement au même résultat à propos du contentieux de la taxe sur le fonds de garantie (1). Ce sera aussi la question de savoir ce qu'est la grève par rapport au contrat de travail, qui fera l'objet d'un examen parallèle des deux ordres de juridiction (2). Des phénomènes analogues sont très nombreux, mais leur valeur instructive est fort différente. Aussi n'entendons-nous pas en dresser le catalogue détaillé et complet.

Nous nous bornerons aux plus typiques d'entre eux, renvoyant pour les autres à l'ouvrage de M. Idoux (3) sur la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

Nous laisserons même de côté la question des revendications de compétences présentées dans les cas douteux par les tribunaux des deux ordres, que

1. Cons. d'État, 28 février 1902. Lebon, p. 152 et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Saint-Paul. — Voir également *Tables décennales* de Lebon, 1901 à 1905, V^e Contributions directes, nos 22, 42 et suiv.

2. Cass., 18 mars 1902. S. 1903. I. 405. — 4 mai 1904. S. 1906. I. 497. — 13 nov. 1906. S. 1906. I. 500. — 15 mai 1907. S. 1908. I. 417. — Conseil d'État, 7 août 1909. S. 1909. 3. 145.

3. Idoux, *Jurisprudence du Cons. d'État et de la Cour de cassation quant aux points qui leur sont communs*. Thèse-Paris, 1908.

l'on trouvera clairement exposées dans le même ouvrage de M. Idoux. Nous n'envisagerons que les espèces où la question est définitivement résolue, et où la compétence est nettement fixée, soit par la loi, soit par une décision du tribunal des conflits, et nous nous attacherons spécialement au fond même des affaires, aux principes directeurs de la jurisprudence ; c'est ainsi que nous nous efforcerons, avec une précision aussi grande que le comporte un travail de ce genre, de présenter un tableau résumant les tendances et l'évolution de nos deux Cours souveraines.

Quatre séries d'hypothèses nous ont retenu particulièrement. Ce sont :

- 1° La matière des règlements de police ;
- 2° Les contraventions de voirie ;
- 3° La délimitation du domaine public fluvial et maritime ;
- 4° La responsabilité de l'État et des communes.

Historiquement chacune de ces hypothèses s'est présentée sous un jour différent des autres, et il importe, avant toute étude, de fixer de quelle manière, dans quelle mesure et pour quelle fin chacune de ces hypothèses donne lieu à un double contrôle.

1. — RÈGLEMENTS DE POLICE

Dans le dernier état du droit, les règlements, décrets ou arrêtés, dont l'objet est d'imposer aux citoyens des mesures de police, sont, quant à leur conformité

à la loi, soumis à un double contrôle. Le particulier lésé par une prescription qu'il considère comme illégale peut prendre les devants et déférer l'acte à l'autorité administrative juridictionnelle à fins d'annulation pour cause d'excès de pouvoir. Il pourra aussi, à son choix, contrevenir au règlement, se laisser poursuivre devant le tribunal répressif statuant en vertu de l'article 471 du Code pénal et solliciter de ses juges, par voie d'exception, conformément au paragraphe 15 de cet article, l'examen de la légalité de la mesure. Cet examen ne porte, remarquons-le en passant, que sur un point bien défini. Le tribunal judiciaire ne devra pas se préoccuper de la question de fait ; il n'examinera ni la sévérité excessive, ni l'inopportunité du règlement, ni sa plus ou moins grande difficulté d'application (1), ni sa conformité ou sa non-conformité avec la civilisation française (2), mais purement et simplement sa conformité à la loi et aux principes qui servent de base à notre législation positive. En somme l'excès du pouvoir judiciaire sera, à peu de chose près, la même notion que l'excès de pouvoir administratif.

La situation a été longtemps sans présenter la netteté à laquelle elle est parvenue. La conception de l'excès de pouvoir ne s'est pas imposée primitivement dans les mêmes termes à chaque juridiction. N'ayant ni le même but, ni la même procédure, la

1. Cass., 24 février 1881. S. 1881. I. 485.

2. Cass., 11 janvier 1878. S. 1879. I. 332 ; D. 1879. I. 140.

Cour et le Conseil opposèrent souvent leurs doctrines, tant sur la recevabilité, que sur le fond et se contrarièrent souvent avant de parvenir par une lente et curieuse évolution à se doubler, en ne conservant que la divergence due strictement à la différence de nature et d'effets des deux recours.

L'un comme l'autre — c'est leur premier point de contact — le recours pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité sont d'origine purement jurisprudentielle. Ils ne furent que tardivement sanctionnés par la loi après bien des hésitations et bien des doutes. Le droit révolutionnaire, comme d'ailleurs le droit de l'ancien régime, n'admettait pas que les réclamations contre les actes de l'administration pussent être portés devant les tribunaux ordinaires (Loi du 22 décembre 1789, sect. III, art. 7. — Instr. législative du 8 janvier 1790. — Loi des 16-24 août 1790, t. II, art. 13 et 17. — Constitution de 1791, t. III, chap. IV, sect. II, art. 2-3 et chap. V, art. 3. — Constitution du 5 fructidor an III, art. 203. — Décret du 16 fructidor an III). « Un tel système, dit M. Nézard (1), devait engendrer l'arbitraire et la tyrannie ; il fut assez paisiblement toléré pendant le régime républicain parce que les administrateurs actifs étaient élus comme les juges eux-mêmes, et par suite responsables devant les administrés ; il devint insupportable lorsque sous le Consulat et

1. Nézard, *le Contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, p. 1 et suiv.

l'Empire les agents furent nommés par le pouvoir exécutif; et on s'aperçut bien vite que la Révolution, après avoir posé les principes de la liberté politique, avait fait passer dans la pratique ceux de l'oppression administrative. »

Contre cette oppression, les tribunaux judiciaires engagèrent de bonne heure la lutte en utilisant contre le pouvoir exécutif « l'arme à deux tranchants qu'est le principe de la séparation des pouvoirs ». Pris entre la loi et un règlement illégal, ils choisirent la loi et inventèrent pour soustraire les individus à la tyrannie du bon plaisir l'exception d'illégalité. Dès la fin du premier Empire, la méfiance du législateur à l'égard de l'ordre judiciaire avait singulièrement perdu de son acuité et les tribunaux longtemps aux prises avec des menaces réitérées recouvrèrent quelque indépendance et quelque audace. Si en 1807 (28 août) la Cour de cassation refusait encore aux tribunaux de son ordre le droit d'examiner la légalité des décrets, dès 1810 elle leur reconnaissait le pouvoir de ne point se prêter à l'exécution des règlements municipaux et préfectoraux rendus en violation de la loi (1). Le discrédit du Conseil d'État, institution impériale, que la Restauration projeta même de supprimer par voie budgétaire, encouragea l'évolution de la Cour de cassation, et bientôt le principe fut couramment admis que les tribunaux avaient qualité pour contrôler la légalité de tous règlements

1. Cass., 15 mars 1810 et 17 juillet 1810, 1^{re} série. S. 3. 1. 224.

ou ordonnances même royales avant d'en assurer l'exécution (1).

Si fermement assise qu'elle ait été, cette jurisprudence de la Cour suprême constituait jusqu'à la monarchie de Juillet un empiètement extra-légal, fondé sur une interprétation, juste à notre sens, mais peu orthodoxe, du principe de la séparation des pouvoirs. C'est dans ces circonstances que la révision du Code pénal intervint et lui donna par voie détournée une base législative. Jusqu'en 1832, aucune sanction spéciale n'était attachée aux arrêtés pris par l'autorité municipale en vertu des lois des 16-24 août 1790 et 22 juillet 1791. Les contraventions à ces arrêtés non prévus par le Code de 1810, ne pouvaient être atteintes que par les articles 605 et 606 du Code de brumaire an IV que l'on considérait comme demeuré en vigueur pour toutes infractions non réprimées par le Code de 1810. Or la fixation et la gradation des peines du Code de brumaire avaient vieilli ; la peine de l'emprisonnement prononcée par l'article 606 était trop rigoureuse en regard de la peine de l'amende prononcée par le Code de 1810 pour certaines infractions voisines. La loi du 28 avril 1832 votée sur l'initiative de la Chambre des pairs et après observations de la Cour de Cassation ajouta un paragraphe 15 à l'article 471 du Code pénal, punissant les contrevenants d'une amende de 1 à 5 francs, mais à la condition que *les règlements*

1. Cass., 15 janvier 1829, 1^{re} série. S. 9. 1. 214.

aient été « légalement faits par l'autorité administrative ». C'était la consécration par voie indirecte de l'initiative prise par les tribunaux judiciaires et du droit revendiqué par eux d'examiner si la mesure à laquelle il est contrevenu est légale et par suite obligatoire, consécration faite d'ailleurs en termes très généraux et qui constituait plus un encouragement qu'une limite à l'initiative des tribunaux.

Tandis que la Cour de cassation invoquait en faveur de sa compétence la règle de la séparation des pouvoirs, le Conseil d'État fondait sur ce même principe sa théorie du recours pour excès de pouvoir. Sans aucune base législative (1), avec l'aide des seules traditions de l'ancien régime, il a ébauché, puis rigoureusement constitué un système de garanties qui fit et fait encore l'admiration des écrivains et des commentateurs du droit administratif. S'inspirant des principes de l'ancien conseil du roi, il s'appliqua à astreindre progressivement au respect de la légalité presque tous les actes de la puissance publique. Il commença par déclarer nuls tous actes

1. Cartault, *De l'Excès de pouvoir*. Thèse-Paris, 1911, p. 194 et suiv. « Au début, le Conseil d'État s'est borné à s'inspirer de sa nature propre et des traditions émanées de l'ancien conseil du roi... Il en fut ainsi jusqu'au jour où l'on s'inquiéta de trouver une consécration législative à des solutions qui jusque-là avaient paru découler naturellement des principes généraux du droit et du fonctionnement même de l'organe administratif chargé de les prononcer. Ainsi ce n'est qu'en 1832 (arrêt du 15 juillet 1832) qu'apparut dans les visas la mention de la loi des 7-14 oct. 1790, simple loi d'espèce, qui ne faisait qu'affirmer à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs... »

émanés d'une *autorité empiétant sur la fonction d'une autre* ; puis il développa cette notion d'incompétence ; il y comprit successivement : *la violation des formes légales, la fausse application de la loi, la violation même de l'esprit de la loi*. Il semble que l'on soit arrivé aujourd'hui à cet égard à une doctrine définitive : toutes les illégalités tombent sous le coup d'un de ces quatre chefs d'annulation.

Mais la question de recevabilité des pourvois fut tranchée avec infiniment moins de hardiesse. Le conseil, jusqu'en ces dernières années, se montra à son sujet très hésitant. Il lui fallut l'encouragement du décret du 2 novembre 1864, de la loi du 24 mai 1872, de l'article 4 de la loi de finances du 17 avril 1906 pour se dégager complètement des entraves de la célèbre théorie des recours parallèles que pourtant depuis de longues années une notable partie de la doctrine attaquait vivement. En principe, le Conseil se refusait à examiner un pourvoi en annulation concernant un acte qui pouvait être l'objet d'un pourvoi parallèle soit devant lui-même, soit devant une autre juridiction. Les règlements de police étaient dans ce cas. En 1848, la jurisprudence administrative n'admettait encore aucun recours contre les arrêtés pris par les maires en vertu des pouvoirs de commandement à eux conférés par la loi (1), afin d'éviter, disait-on, de statuer sur une contestation qui éventuellement pouvait donner lieu à une déci-

1. Cons. d'État, 5 juillet 1848. D. 48. 3. 104.

sion contraire de l'autorité judiciaire. Mais cette théorie des recours parallèles, qui normalement constituait une entrave fâcheuse, présentait de plus pour les règlements de police un danger à l'égard des particuliers. Pour bénéficier d'une voie de droit contre un règlement de police illégal, le particulier repoussé par le Conseil d'État se trouvait réduit à contrevenir à l'arrêté pour pouvoir invoquer devant la juridiction répressive le bénéfice des dispositions de l'article 471 § 15 du Code pénal. Obliger un citoyen à s'exposer à une peine pour faire déclarer un règlement illégal était un abus choquant, que cependant encore en 1868 M. Aucoc ne souhaitait pas voir disparaître. « Toutes les fois, écrivait-il (1), que le contentieux de la matière est par sa nature ou par une disposition expresse de la loi dans le domaine propre de l'autorité judiciaire, il faut réserver à l'autorité judiciaire sa compétence propre et ne pas empiéter sur ses attributions sous prétexte d'excès de pouvoir. » Il y avait dans ces affirmations non seulement une méconnaissance des caractères et des effets des deux recours, mais encore une excessive dureté à l'égard des particuliers lésés ; aussi le Conseil d'État se décida-t-il à ne pas s'attarder à ces errements, et malgré quelques solutions transactionnelles, sortes de concessions à la thèse de M. Aucoc (2), notamment malgré la fin de

1. D. 1868. 3. 65.

2. Pourtant, dès le début du second Empire on voit le Conseil d'État s'engager sur une voie qui est aujourd'hui la sienne. Il

non-recevoir opposée sous le second Empire si la violation de la loi n'est pas flagrante, le Conseil d'État, sans se soucier de savoir si les règlements de police pouvaient donner lieu à une poursuite devant les tribunaux judiciaires, admit contre eux sans restriction le recours pour excès de pouvoir. Deux arrêts de principes rendus le 29 novembre 1872 (Bail-lergeau) et le 20 décembre 1872 (Billette) (1) rejetèrent le système des recours parallèles en notre matière, et firent jurisprudence (2). Une longue suite d'arrêts vint confirmer cette solution qui ne reçoit aucun démenti.

Cette pratique n'est pas acceptée sans résistance par les auteurs. Sans en contester en fait l'excellence, beaucoup regrettent l'intervention de deux ordres de tribunaux à l'égard d'une même espèce. La majorité d'entre eux (3) voit dans l'intervention des tribunaux

déclare notamment recevables des pourvois contre un arrêté municipal obligeant les particuliers prenant des bains de mer sur la plage à payer une taxe à l'établissement de bains communal (19 mai 1858. D. 59. 3. 51), contre un arrêté municipal prescrivant aux tripiers pour le transport des abats des mesures que n'exigeait pas l'intérêt de la salubrité publique et qui portaient atteinte à la liberté de l'industrie (30 juin 1859. D. 60. 3. 21).

1. Cons. d'État, 29 nov. 1872. D. 74. 3. 43. — 20 décembre 1872. D. 73. 3. 45.

2. Dans le même sens : Cons. d'État, 5 déc. 1873. D. 74. 3. 67. — 3 décembre 1875. D. 76. 3. 41. — 18 janv. 1884. D. 85. 3. 73. — 13 mars 1885. D. 86. 3. 115. — 28 mars 1885. D. 86. 3. 97. — 2 avril 1886.

3. Esmein, *Droit constitutionnel*, 4^e édit., 1906, p. 438 et 578. — Berthélemy, *Droit administratif*, 5^e édit., p. 23 et 892. — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 480. — Voir aussi Garraud, *Droit pénal*, 2^e édit., t. VI, p. 444.

judiciaires en matière de règlements de police une violation de la conception française de la séparation des autorités. Et de fait, il semble que la loi de 1832 ait fait bon marché des lois de 1790, de 1791 et de l'an III, sans d'ailleurs justifier l'exception qu'elle créait. Un seul motif juridique en a été donné notamment par MM. Laferrière et Garraud : le principe de la plénitude d'exercice de la juridiction répressive ; mais il convient de remarquer que, sans préjuger de sa vérité, ce principe ne saurait être invoqué dans le cas présent, car l'exception d'illégalité joue non seulement devant les tribunaux de simple police, mais également en matière civile (1) et commerciale (2). Aussi ne voyons-nous, si l'on admet la théorie de la séparation des pouvoirs couramment enseignée, aucune justification théorique possible en dehors du souci de sauvegarder dans la plus large mesure les intérêts des particuliers.

Au contraire, dans le système théorique que nous adoptons avec M. Jacquelin, l'article 471 § 15 se justifie de lui-même (3). Le double contrôle du Conseil et de la Cour assure en effet le fonctionnement libre de chaque autorité : l'une conçue comme supérieur hiérarchique des administrateurs actifs reçoit pouvoir d'annuler les actes illégaux ; l'autre, sans

1. Bordeaux, 2 décembre 1875. D. 76. 2. 183. — Cass., 14 août 1877. D. 78. 1. 9. — Conflits, 7 mai 1892. D. 93. 3. 81. — Cass., 26 janvier 1905. *Rev. du Dr. publ.*, 1906, p. 74.

2. Trib. de comm. de la Seine, 28 juillet 1830. S. 1830. 2. 223.

3. Voir Nezard, *Contrôle juridictionnel des règlements d'admin. publique*, p. 68 et suiv.

jamais rien annuler ni réformer, se refuse purement et simplement à prêter un concours aveugle, et confronte le règlement avec la loi avant d'appliquer aux contrevenants les peines du Code. Chaque pouvoir demeure sur son propre terrain et statue dans la limite de ses attributions.

Il nous reste à envisager sommairement les répercussions que peuvent avoir les décisions de chaque ordre de juridictions sur les affaires soumises à l'autre. Mais auparavant il importe de préciser les effets de chaque recours. La poursuite répressive contre les contrevenants au règlement ou la décision du tribunal civil n'entraînent qu'un effet relatif. L'appréciation portée par le jugement sur la légalité du règlement ne s'impose qu'aux parties en cause, et la question reste intacte à l'égard des tiers. Il s'agit d'un jugement, et l'autorité de la chose jugée est purement relative. La solution est moins simple pour le recours en annulation. Il faut distinguer suivant la solution donnée au pourvoi.

L'admission du recours direct par le Conseil d'État a un effet général et absolu : l'acte disparaît, il est annulé *erga omnes*, comme il le serait par le supérieur hiérarchique de son auteur. Le rejet du pourvoi au contraire n'a pas la même conséquence décisive : comme celui d'un jugement, son effet demeure relatif ; il n'empêche pas un individu non en cause dans le premier procès de reprendre l'instance en faisant valoir de nouveaux arguments et en invoquant de nouveaux intérêts. Cette contrariété d'effets donne

au recours pour excès de pouvoir un aspect particulier : malgré son apparence juridictionnelle, il est un simple recours hiérarchique ou gracieux. Il conserve au fond la marque indélébile de ses origines. Produit d'un régime de justice retenue, où le chef de l'État prononçait, après avoir pris l'avis du Conseil d'État, il s'est tant bien que mal accommodé depuis 1872 de procédures et de garanties nouvelles qui ont pu en renouveler l'aspect, mais qui ne l'ont pas transformé dans son essence. Deux régimes se sont superposés sur cette institution, et de là naquit la bizarrerie que nous avons signalée.

En résumé l'admission ou le rejet de l'exception d'illégalité comme le rejet du recours pour excès de pouvoir produisent un effet relatif, à l'inverse de l'admission du recours direct qui opère *erga omnes*.

De ce double caractère nous pouvons déduire l'influence de chacun des recours sur l'autre juridiction.

Première hypothèse. — Le recours direct porté le premier devant le Conseil d'État y a reçu une solution; si le pourvoi a été rejeté, le tribunal judiciaire postérieurement saisi de l'exception d'illégalité peut refuser l'application du règlement (1), ce qui donnera naissance à un conflit de décisions insoluble. Si au contraire le Conseil a reçu au fond le recours, le règlement est anéanti, ses effets sont annulés, et le

1. Cass., 31 décembre 1903. S. 1905. 1. 425.

tribunal judiciaire ne saurait appliquer une disposition qui n'est plus. Une difficulté surgit dans le cas où l'annulation est prononcée avant la poursuite pénale ou la décision du tribunal, mais postérieurement au fait incriminé. En bonne logique le tribunal devrait garder sa liberté d'appréciation, car la situation des parties s'apprécie au moment où le fait s'est produit. Pourtant la Cour de cassation n'a pas revendiqué sur ce point l'indépendance de l'autorité judiciaire : la poursuite lui a semblé manquer de base si le règlement vient à être annulé, et l'esprit d'équité serait froissé si l'on condamnait un individu pour violation d'un règlement qui au même moment est reconnu entaché d'un vice qui le rend illégal (1).

2° *Deuxième hypothèse.* — Le tribunal judiciaire a statué le premier sur l'exception. Le tribunal administratif n'est pas lié par la décision judiciaire dont l'effet est purement relatif, conformément aux principes généraux du droit. Donc si le règlement a été sanctionné par un tribunal répressif ou civil, le conseil d'État pourra néanmoins l'annuler (2). Même situation et même conflit insoluble que ci-dessus.

Donc encore, et inversement, si le tribunal judiciaire a refusé d'appliquer le règlement comme illégal, le Conseil d'État pourra refuser d'admettre le recours direct. Un exemple en ce sens nous est

1. Cass., 25 mars 1882. S. 84.1. 248.

2. Cass., 21 août 1874. Pariset. — Cons. d'Etat, 26 nov. 1875. Pariset (fabrique d'allumettes).

fourni par l'affaire des puisards de Caen (1) : avant la loi du 15 février 1902, aucun mode d'assainissement ne pouvait être prescrit aux propriétaires : contrairement à ce principe le maire de Caen avait ordonné la suppression des puisards ; un propriétaire se refusant à exécuter cette prescription fut déféré au tribunal de simple police. Il opposa l'exception d'illégalité qui fut admise ; puis, fort de la décision de la Cour de cassation il déféra l'arrêté au Conseil d'État. Mais celui-ci rejeta le pourvoi. C'était là un troisième exemple de conflit de décisions, non moins insoluble que les précédents.

Au surplus l'ensemble de cette étude nous fixera sur les inconvénients et les avantages susceptibles de résulter de semblables contradictions, qui nuisent sans doute à l'unité de doctrine, mais que certains auteurs considèrent comme une prudente garantie pour les particuliers.

II. — DES CONTRAVENTIONS DE VOIRIE

La répartition des compétences, avons-nous dit, ne repose sur aucun système rationnel, mais bien sur des considérations purement empiriques d'opportunité. La répression des contraventions de voirie peut servir à illustrer cette idée. C'est un principe admis par tous les criminalistes que la justice

1. Cass., 26 juillet 1885. D. 86.1.275. — Cons. d'Etat, 7 mai 1886, V^o Lebon, p. 387.

pénale doit jouir de sa plénitude d'exercice ; et pourtant, du groupe des infractions qui ont trait à la police de la voirie la loi a détaché une catégorie dont elle a confié la répression aux juges administratifs. Cette solution lui a été inspirée par le souci d'une répression prompte et sévère, dans l'intérêt même de l'administration et du bon fonctionnement de ses services (1), principal et pour ainsi dire unique souci de nos législateurs successifs.

Sous l'ancien régime, l'arrêt de 1765 confiait la répression des contraventions de grande voirie à l'autorité administrative :

« Enjoint Sa Majesté — peut-on y lire — aux sieurs intendants et commissaires départis dans toutes les généralités ainsi qu'aux commissaires des ponts et chaussées et aux officiers du bureau des finances de tenir la main chacun au droit de soi à l'exécution du présent arrêt ; et sera ledit arrêt exécuté nonobstant oppositions ou appellations quelconques, dont si aucunes interviennent, *Sa Majesté s'est réservé la connaissance et icelle interdit à tous ses cours et juges.* »

La Révolution renversa les règles de compétence en matière de grande voirie. Les lois des 22 décembre 1789 et 10 janvier 1790 ne maintiennent pas à l'administration son pouvoir juridictionnel et la loi des 7-11 septembre 1790 disposa dans son article 6 :

« L'administration en matière de grande voirie

1. Exposé des motifs de la loi du 29 floréal an X.

appartiendra aux corps administratifs et *la police de la conservation tant pour les grandes routes que pour les chemins vicinaux, aux juges de district.* »

La loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) tout en chargeant les conseils de préfecture de statuer sur les difficultés d'ordre purement administratif ne vint pas retirer aux tribunaux judiciaires leurs pouvoirs correctionnels. Ce fut la loi du 29 floréal an X (29 mai 1802) qui attribua compétence aux conseils de préfecture pour les infractions à la police de la grande voirie. Dans un style emphatique et vide, qui était de mode à l'époque, avec des redondances et des naïvetés, l'exposé des motifs de cette loi témoigne des intentions du législateur, de la confiance illimitée qu'il avait mise en ses tribunaux administratifs, et de son hostilité partielle à l'égard du pouvoir judiciaire. Il est ainsi conçu ;

« Législateurs,

» Toutes les contraventions relatives à la conservation des canaux, des routes, des plantations et ouvrages d'art qui les bordent se sont multipliées avec excès.

» Les poursuites en sont rares, peu actives, rarement poussées jusqu'à la condamnation des délinquants.

» Cette espèce de silence de l'administration, d'inaction de la justice a encouragé les empiétements, les dégradations, la destruction des arbres, le comblement des fossés, enfin tous les délits que la cupidité,

la malveillance, le désœuvrement inspirent, conseillent, provoquent.

» Il est temps où l'ordre va renaissant, où les routes se séparent, se plantent, où les canaux se construisent ou se font, où les ouvrages d'art de tout genre se préparent, où ceux existant vont reprendre leur ancienne et utile magnificence *de rendre à la police conservatrice une action sûre, prompte, sévère.*

» Il faut conséquemment que l'administration chargée de faire et de conserver puisse poursuivre, atteindre et frapper ceux qui détruisent, altèrent le produit de ces travaux édifiés souvent à grand prix.

» Il faut que sans aller devant les tribunaux de police correctionnelle auxquels la connaissance de ces délits est attribuée, *ils soient réprimés par l'administration même, revêtue à cet effet d'un pouvoir nouveau*, réclamé pour elle par les circonstances et même par les principes.

» C'est à ce moment, législateurs, que le gouvernement sent vivement et que vous sentirez vous-mêmes l'utilité des conseils de préfecture auxquels cette attribution peut être confiée non seulement sans danger, mais avec tant d'avantages. »

Les principes et les circonstances qui réclamaient si impérieusement la compétence des conseils de préfecture ont été mis en défaut, et les avantages n'ont pas été pour l'administration. Malgré les espérances que l'on avait placées en eux, leur répression ne fut ni « sûre », ni « prompte », ni « sévère ».

Elle fut plus douce, et pour tout dire plus faible, que celle des infractions aux règlements de petite voirie à l'égard desquelles la Cour de cassation a gardé compétence. Le contraste des espoirs et de la réalité est si grand, que, par un étrange revirement, les auteurs du droit public invoquent aujourd'hui pour justifier l'existence d'une juridiction administrative, non pas comme jadis le souci de maintenir énergiquement les hommes dans le devoir, mais au contraire sa bienveillance et son esprit d'équité, particulièrement sensibles en matière de voirie.

Il y aurait quelque ironie à insister sur l'erreur qui a guidé le législateur révolutionnaire, et sur la valeur du sophisme qui consiste à réclamer pour l'administration chargée de l'entretien des routes le droit de juger les infractions à la police de la voirie. Il n'est plus niable en effet que les tribunaux de simple police, plus nombreux et plus rapprochés des justiciables, armés de textes plus équitables et de pénalités plus en harmonie avec notre esprit moderne auraient en matière de grande voirie, comme ils l'ont fait pour la petite voirie (1), assuré une meilleure répression des contraventions.

Les infractions à la police de la petite voirie étaient, sous l'ancien régime, jugées d'après les édits de 1607 et de 1627 par les baillis, sénéchaux et officiers de justice, puis par les trésoriers de France. La Révolution transféra ce pouvoir aux tribunaux de simple

1. En ce sens : Delaunay, *De l'Alignement*, p. 189 et suiv.

police (loi du 16-24 août 1790, t. XI. — Loi des 19-22 juillet 1791, art. 29.—Code de brumaire an IV, (24 octobre 1797), art. 153), et le droit moderne confirma cette compétence : les articles 137 et suivants du Code d'instruction criminelle attribuèrent aux tribunaux de simple police la connaissance des contraventions réprimées par le livre IV du Code pénal, lequel contient un article 471 ainsi conçu : « Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs inclusivement...

» 5° Ceux qui auront négligé ou refusé d'exécuter les règlements ou arrêtés concernant la petite voirie... »

Ce paragraphe était destiné à éclairer et à remplacer l'article 18 de la loi des 19-22 juillet 1791 dont les termes gardaient quelque ambiguïté. Il est resté depuis lors la règle immuable en matière de petite voirie, et l'on n'a plus vu se reproduire la tentative à laquelle avaient songé les rédacteurs de la loi du 29 floréal an X qui souhaitaient unifier en faveur de la justice administrative les règles de compétence. Les tribunaux judiciaires ont conservé, presque sans exceptions (1), leur compétence intacte. Nous ne pensons même pas que l'administration active ait persisté dans ses défiances premières à l'égard des tribunaux judiciaires, qui se sont montrés

1. Lorsque l'auteur de l'infraction est un membre de l'armée dans l'exercice de ses fonctions, l'autorité judiciaire devrait se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire au conseil de guerre (Cass., 30 avril 1863, Gras).

à l'égard des règlements de voirie plus stricts observateurs des textes et plus rigides exécuteurs de leurs prescriptions que l'administration juridictionnelle elle-même.

III. — DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC FLUVIAL ET MARITIME

La théorie du domaine public est l'une des plus controversées du droit administratif ; parmi les discussions auxquelles elle a donné lieu, la question de la délimitation a prêté à de grandes difficultés et à de nombreux changements de jurisprudence. La mission attribuée à l'administration — en l'espèce au préfet — de fixer les limites du domaine public fluvial repose sur la disposition de l'article 2 section III de la loi des 22 décembre 1789-janvier 1790 (1), qui a chargé les administrations de département de pourvoir notamment à la conservation des propriétés publiques, à celle des forêts, rivières et autres choses communes. En ce qui concerne la mer, son droit a pour base légale le décret-loi du 21 janvier 1852 qui attribue compétence à l'administration, sous réserve des droits des tiers. Mais s'il est vrai que la compétence ne soit pas discutée et que l'accord se soit fait pour ne pas contester le droit de l'administration, les divergences commencent avec les questions relatives

1. Reverchon, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1871-1872, p. 257 et suiv.

à la nature et aux effets de la délimitation, ainsi qu'aux recours dont elle est susceptible.

On distingue les décisions portant fixation de largeur des routes des décisions limitant les fleuves et les rivages de la mer. La route finit où l'administration entend qu'elle finisse. C'est un acte attributif de limites. Au contraire la délimitation du domaine public fluvial et maritime est simplement déclarative : l'autorité ne peut que constater où il finit, sans lui attribuer aucune limite autre que celle de la nature. Mais si cependant une erreur, volontaire ou non, se glisse dans la décision intervenue, un recours est-il possible, et devant qui sera-t-il éventuellement porté ? Devra-t-on et pourra-t-on s'adresser au Conseil d'État, contrôleur de la légalité des actes administratifs, ou bien aux tribunaux judiciaires « gardiens de la propriété privée » ? Sur ce point l'on ne put jamais s'entendre.

Bien qu'il ne soit pas permis par la loi d'incorporer au domaine public une parcelle de terrain par voie de délimitation (1), le Conseil d'État s'est longtemps refusé à examiner ce genre d'acte, sous le prétexte qu'il s'agissait d'un acte de pure administration (2), et comme tel non susceptible d'un recours contentieux. L'administration, décidait-il, délimitait le domaine public au moyen d'un acte que tout le monde tenait pour valable et régulier au fond, quitte

1. Laferrière, *Traité de la juridiction admise*, t. I, p. 545.

2. Cons. d'État., 4 avril 1845. Lebon, p. 171. — 2 mars 1847. Lebon p. 175. — 20 avril 1854, p. 328. — 19 juillet 1860, p. 562.

à l'autorité judiciaire de fixer la valeur du terrain acquis par l'administration par expropriation indirecte, et d'utiliser pour cette fin toutes mesures de vérification sur les empiétements commis (1).

« Ce système était artificiel et illégal. En fait il se produisit des abus. En droit le Conseil d'État avait tort ; le principe est que l'expropriation indirecte n'est pas possible sans un texte. Ce texte existait pour les chemins vicinaux et l'alignement ; il n'existait pas pour le domaine public fluvial. Les tribunaux judiciaires aussi avaient tort, mais parce que le Conseil d'État avait tort (2). »

Celui-ci reconnut enfin sa faute et modifia sa jurisprudence. En 1861 il admit que les actes de délimitation pouvaient faire l'objet non seulement d'un recours pour excès de pouvoir, mais aussi d'un examen au fond par recours contentieux, de telle sorte que la décision administrative pouvait être soit annulée soit réformée. Cette jurisprudence se confirma dans de nombreux arrêts, notamment dans l'importante affaire des rivages de l'embouchure de la Canche, dans laquelle il s'agissait d'un décret comprenant dans les rivages de la mer des terrains de culture situés sur les bords de à 114 la rivière 5 kilomètres de l'embouchure.

1. Cass., 23 mai 1849. D. 1850. 1. 313. — Lyon, 20 janvier 1849. D. 49. 2. 148. — Cass., 17 mars 1857. D. 57. 1. 123. — 20 mai 1862. D. 63. 1. 230. — 21 nov. 1865. D. 66. 1. 113 et la note 1. — 14 mai 1866. D. 66. 1. 394.

2. Bouvier, *De la Délimitation du domaine public fluvial* (*Revue critique*, 1899, p. 48 et suiv.).

Il semblait dès lors que la pratique judiciaire allait cesser. L'indemnité, pensait-on, n'avait plus de raison d'être si l'acte pouvait être annulé. Pourtant il n'en fut rien. Se fondant sur un nouveau principe, la Cour de cassation maintint sa jurisprudence. Elle invoqua sa mission de « gardienne de la propriété privée » et la controverse se perpétua. La doctrine protesta et proteste encore contre cette manière de voir. MM. Aucoc, Laferrière et plus tard Ducrocq (1) donnèrent raison au Conseil d'État parce que « si la justice a pour mission exclusive de fixer la limite entre deux propriétés privées, elle n'est pas compétente pour fixer la limite entre une propriété privée et le domaine public, car c'est précisément cette opération qui constitue la délimitation du domaine public et que la délimitation du domaine public étant spécialement confiée à l'autorité administrative ne peut en même temps appartenir à l'autorité judiciaire » (2).

C'est en ce sens que se prononça en 1871 et 1872 la commission provisoire qui faisait fonction de tribunal des conflits (3). « Considérant, dit l'arrêt Ozanneau, que le tribunal civil était lié par la délimitation ordonnée et opérée dans l'espèce et dont la réformation n'a point été obtenue, et que cette délimitation ne pouvait être remise en question

1. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^e édit., t. II, p. 154.

2. Analyse de M. Berthélemy, *Délimitation des fleuves et rivières* (*Rev. gén. d'administration*, 1899. 1, p. 385 et suiv.).

3. Affaire Ozanneau, 7 mai 1871. S. 1872. 2. 317. — Affaire Patron, 13 mars 1872. S. 73. 2. 24.

devant l'autorité judiciaire, même dans le but d'arriver à une simple condamnation pécuniaire, qui, reposant sur la déclaration d'un droit préexistant de propriété contredit par les actes concernant ladite délimitation, serait inconciliable avec ces actes... » C'était la consécration nette de la jurisprudence administrative.

La Cour de cassation pourtant refusa de s'incliner et répondit par deux arrêts que le droit de demander devant le Conseil d'État l'annulation d'un arrêté préfectoral de délimitation pour excès de pouvoir n'exclut pas par lui-même la compétence des tribunaux civils pour connaître d'une action tendant non à une remise en possession effective, mais à l'attribution d'une indemnité (1).

Ce système mixte eut à son tour l'honneur d'être confirmé par le Tribunal des conflits en 1873 dans deux arrêts célèbres contraires aux conclusions de M. David commissaire du gouvernement et qui ont fait définitivement jurisprudence (2). Ces décisions s'efforcent de distinguer l'appréciation de l'acte administratif de délimitation de l'examen du droit de propriété des riverains, et après réserve expresse des recours pour excès de pouvoir s'expriment ainsi pour ménager le principe de la séparation des autorités : « Il appartient à l'autorité judiciaire, lors-

1. Cass., 19 juin 1872. Morel. — Cass., 6 novembre 1872. — Onizille. D. 73. 1. 360 et 363.

2. Affaire Paris-Labrosse. S. 73.2. 25. — Affaire Guillié. S. 79.2. 61.

qu'elle est saisie d'une demande en indemnité formée par un particulier qui soutient que sa propriété a été englobée dans le domaine public par une délimitation inexacte, de reconnaître le droit de propriété invoqué devant elle, de vérifier si le terrain litigieux a cessé par le mouvement naturel des eaux d'être susceptible de propriété privée et de régler s'il y a lieu une indemnité de dépossession dans le cas où l'administration maintiendrait une délimitation contraire à sa décision. »

Même réduite à ces proportions, la décision du Tribunal des conflits fut vivement attaquée pour être contraire à cette idée que la délimitation, acte déclaratif qui constate qu'une parcelle de terrain n'est plus susceptible de propriété privée par suite du mouvement naturel des eaux, ne peut constituer en même temps un empiètement sur la propriété privée.

Lorsque la loi qui devint la loi du 8 avril 1898 fut à l'étude, on compta sur elle pour trancher la question. M. Ducrocq écrivit : « l'article 36 de cette loi a pour principal objet de mettre fin à la controverse », et cela, dans le sens de la jurisprudence du Conseil d'État, contrairement à la décision du Tribunal des conflits. Telle est aussi l'opinion de MM. Barilleau (1) et Berthélemy (2), qui invoquent à l'appui de leur thèse les travaux préparatoires et

1. Barilleau, *Compte rendu de Cours de droit administratif de M. Ducrocq*. (*Revue du droit public*, 1901, t. XV, p. 529 et suiv.).

2. Berthélemy, *Traité de droit administratif*, 4^e édit., p. 478.

le texte même de l'article. Mais il faut croire que ce texte n'est pas suffisamment clair puisqu'on a pu soutenir au contraire que la loi de 1898 avait consacré législativement la solution du Tribunal des conflits en maintenant la compétence judiciaire parallèlement avec la compétence administrative (1). Quoi qu'il en soit, si en doctrine la question est toujours litigieuse, les solutions de 1873 sont encore valables en fait, le Tribunal des conflits n'ayant pas encore cédé à la pression ni démenti sa jurisprudence.

IV. — RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DES COMMUNES

Dans l'exercice de ses multiples attributions, la puissance publique cause aux particuliers des dommages de nature très différente. Il se peut notamment que des mesures arbitraires et illégales lèsent les personnes physiques ou les personnes morales de droit privé. La réparation des dommages causés et de la responsabilité en dérivant est mise suivant les temps et les pays soit à la charge des fonctionnaires auteurs des actes, soit à la charge de la puissance publique elle-même. Les sociétés primitives n'ont jamais admis que le souverain pût encourir une responsabilité quelconque. En Angleterre les tendances individualistes et

1. Bouvier, *Délimitation du domaine public fluvial* (*Revue critique*, 1899, p. 48 et suiv. — Hauriou, *Précis*, p. 651 et note.

positives des habitants ont fait poser en principe la responsabilité des fonctionnaires eux-mêmes. En France, la responsabilité du fonctionnaire et celle de l'État jouent suivant les circonstances de fait : si l'acte constitue une faute personnelle de l'agent, séparable de l'exercice de sa fonction, le recours sera dirigé contre le fonctionnaire seul, sinon l'administration même supportera les conséquences de son mauvais fonctionnement. C'est le second cas seul qui nous retiendra pour le moment.

Les civilistes, considérant que dans la plupart des cas le dommage causé a son origine dans une négligence ou une faute des représentants de l'État, se sont prononcés catégoriquement pour l'application de la théorie générale des fautes en matière civile et partant pour l'admission de la compétence judiciaire (art. 1384 du Code civil). Marcadé, Aubry et Rau (1), Laurent ont professé cette doctrine stricte ; Marcadé écrivait à ce sujet : « Les maîtres et commettants sont tenus du dommage causé par leurs domestiques et préposés. La règle, bien entendu, s'applique à l'État et aux diverses administrations publiques par rapport à leurs agents, préposés, ou employés, comme aux commettants particuliers (2). »

La Cour de cassation dans deux arrêts de 1845 et 1854 se rangea du côté des écrivains de droit privé,

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 761, 4^e édition.

2. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. V, p. 270.

et proclama la compétence civile à l'égard de l'État « attendu que, s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier dans les cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente des règlements administratifs (1) ». Puis, abandonnant les scrupules que trahit la rédaction de cet arrêt, elle s'arrête à la formule suivante : « Attendu... que les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes les réparations de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence ou par son imprudence et par l'inobservation des règlements ; que cette compétence est générale et qu'elle ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions de la part des employés des administrations publiques aux règlements de ces administrations ; que si l'action en responsabilité, par sa nature, réagit contre l'administration comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun, que les administrations publiques comme représentant l'État se sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de

1. Cass., 1 avril 1845. S. 45. 1. 363.

faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent (1). »

Ces principes sont vivement critiqués par M. Teissier dans son livre sur la responsabilité de la puissance publique. Après M. Laferrière (2) il insiste sur le peu de compte qu'ils tiennent des travaux préparatoires du Code, des doctrines générales de droit public, et du texte même des articles 1382 à 1384 qui ne s'appliquent exclusivement qu'aux particuliers. Il s'attache aussi à montrer qu'il est impossible d'admettre même en cherchant le principe de la responsabilité de l'État dans l'article 1384, que son application puisse déterminer la compétence, très distincte des règles de fond qui régissent la matière (3).

Il importe donc, selon lui, pour déterminer la compétence en ce qui touche les procès en responsabilité intentés contre l'État, de faire appel à des idées d'un autre ordre, et de remarquer que la mise en jeu de la responsabilité suppose l'appréciation de décisions, de règlements et d'ordres du pouvoir exécutif. Or la théorie française de la séparation des pouvoirs telle qu'elle découle de la législation de 1790, 1791 et de l'an III fait défense aux tribunaux judiciaires de connaître à aucun point vue des actes administratifs,

1. Cass., 19 décembre 1854. S. 55. 1. 266.

2. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. I, p. 677.

3. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 48. — En ce sens : Michoud, *De la Responsabilité de l'État* (*Rev. de Droit public*, 1895, t. III, p. 101 et suiv.)

tant au point vue de leur opportunité, de leur légalité que de leurs conséquences dommageables.

De semblables procès ne sauraient donc que faire retour aux tribunaux administratifs.

Tel est le point de vue adopté depuis longtemps par les auteurs de droit administratif (1), et par le Conseil d'État. Toutefois le différend entre Conseil d'État et Cour de cassation persista jusqu'en 1872.

Par l'arrêt Blanco du 1^{er} février 1873 (2) le Tribunal des conflits après partage de voix vidé par M. le Garde des sceaux Dufaure trancha la question dans le sens de la compétence administrative en ce qui concerne l'État. Cet arrêt fit jurisprudence (3).

Depuis lors l'autorité judiciaire ne dut plus connaître que des atteintes à la propriété privée, telles que voies de fait, emprises, mainmises ou entreprises. La Cour de cassation n'insista plus désormais et abandonna toute revendication de compétence (4) à l'égard de la responsabilité de l'État.

Quelles règles seront applicables à la responsabilité des communes ? Battus en ce qui touche

1. Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I, p. 525. — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. VI, p. 380. — Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. I, p. 675 et suiv. — Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4^e édit., p. 826 et suiv. — Michoud, *loc. cit.*, p. 102 et suiv. — Jèze, *Principes généraux de droit administratif*.

2. Lebon, 1873, 1 suppl., p. 51.

3. Conflit, 25 janvier 1873. Lebon, 73, p. 44. — 5 juin 1886. Lebon, 86, p. 503. — 8 août 1891. Lebon, 91, p. 621. — 9 nov. 1898. Lebon, 98, p. 695. — 27 juin 1903. Lebon, 1903, p. 481.

4. Cass., 4 avril 1876. S. 77. I. 62. — 19 nov. 1883. D. 84. I. 246, confirmés par de nombreux arrêts.

l'État, les civilistes revendiquèrent la compétence judiciaire pour les dommages causés par les municipalités. Vinrent aussi se joindre à eux certains auteurs qui affirment la compétence administrative lorsqu'il s'agit de l'État, mais qui se refusent à user du même raisonnement à l'égard des communes. M. Berthélemy (1) est de ce nombre. C'est par les résultats qu'elle entraînerait qu'il juge la compétence administrative. Il lui voit le gros inconvénient de faire appliquer aux communes les mêmes règles de responsabilité qu'à l'État. Or le Conseil d'État n'applique pas à ce dernier les articles 1382, 1383, 1384 du Code civil, et il y a lieu de reconnaître que la vie locale serait intolérable si la responsabilité des autorités communales n'était pas nettement écrite dans un texte, et si on lui appliquait purement et simplement un droit prétorien fort instable. De plus, ajoute-t-il, il y aurait une impossibilité pratique à faire juger par le Conseil d'État, juge unique du contentieux administratif, les innombrables réclamations introduites contre les communes.

Ces arguments n'ont pas paru convaincants à M. Teissier, et il déclare s'en tenir à cette constatation que le maintien de la compétence judiciaire procède d'une conception archaïque de la commune considérée comme unité purement domaniale et privée (2). « Pour soumettre, dit-il, les communes

1. Berthélemy, *Traité de dr. admin.*, 3^e édit., p. 82.

2. Teissier, *op. cit.*, p. 92 et suiv.

aux mêmes règles de compétence que les particuliers, il faut les considérer comme de simples collectivités, de pures associations privées d'individus demeurant dans le voisinage les uns des autres et ayant des droits et des intérêts communs. C'était bien là sous l'ancien régime, quoi qu'on ait dit, le caractère sinon exclusif, du moins essentiel des communautés d'habitants. Elles n'avaient pour la plupart d'autre objet que d'assurer la gestion du patrimoine commun (Babeau, *le Village sous l'ancien régime*. — Michoud dans *la Revue du Droit public*, 1897, p. 10 et suivantes). Au début de la Révolution les communes conservèrent le même caractère... Et c'est parce qu'ils étaient plus ou moins imbus de cette idée qu'ils trouvaient d'ailleurs développée dans les ouvrages de vieux juristes que les auteurs et les diverses juridictions se sont tout d'abord prononcés si unanimement en faveur de la compétence judiciaire. » Or la conception moderne de la commune est toute autre : elle est un démembrement de l'État, comme lui investie du droit de commander. Pour ce motif, et à la suite de M. Laferrière (1) et d'une notable partie de la doctrine, M. Teissier conclut à l'unification en faveur des tribunaux administratifs des règles de compétence en matière de responsabilité.

1. Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. I, p. 686. Dans le même sens Michoud, *Étude sur la respons. des communes*. — Hauriou, *Précis de dr. admin.*, 4^e éd., p. 266 et 267. — Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, p. 159 et suiv.

L'hésitation cependant demeura grande en jurisprudence. Le Conseil d'État avait en 1877 reconnu formellement la compétence judiciaire dans un procès tendant à faire admettre la responsabilité de la Ville de Paris (1). Les tribunaux judiciaires, ainsi encouragés, revendiquèrent unanimement la connaissance des actions tendant non seulement à apprécier les conséquences dommageables d'un acte de gestion, mais aussi à statuer sur les réclamations de fonctionnaires et d'agents municipaux dans leurs rapports avec la commune (2), et même sur les préjudices causés par des arrêtés de police (3).

Le tribunal des conflits avait donné son assentiment à cette manière de voir (4) : l'accord était donc parfait.

Pourtant il ne fut qu'éphémère. Le Conseil d'État revint sur ses concessions premières et s'aperçut que comme pour l'État les demandes en responsabilité entraînaient l'appréciation d'actes administratifs, que seul donc il avait qualité pour en connaître. Il appliqua sa manière de voir dans des procès pendants entre des communes et des fonctionnaires révoqués, et à sa suite le Tribunal des

1. Cons. d'État, 23 nov. 1877. Lebon, 1877, p. 916.

2. Nîmes, 23 mai 1865. S. 67. 2. 85. — Lyon, 3 février 1872. D. 73. 2. 34. — Lyon, 10 juillet 1874. S. 74. 2. 272. — Marseille, 2 août 1878. D. 79. 3. 163.

3. Aix, 24 février 1880. D. 80. 2. 243. — Cass., 16 mars 1881. D. 81. 1. 194. — Cass., 10 juin 1884. D. 84. 1. 365. — 3 nov. 1884. D. 86. 1. 397.

4. Confl., 7 mars 1874, Lebon, 1874, p. 247.

conflits refusa compétence à l'autorité judiciaire pour ces sortes de procès (1). La Cour de cassation n'insista pas (2). Plus tard le Conseil d'État revint encore à la charge et revendiqua les actions mettant en cause un arrêté de police (3) puis les demandes en garantie dirigées contre une commune à raison des conséquences dommageables des fautes personnelles d'un maire (4), et fut à nouveau approuvé dans son initiative par le Tribunal des conflits.

Si quelques tribunaux de première instance ont accepté et confirmé ces empiètements (5), beaucoup d'autres tribunaux et Cours paraissent au contraire les ignorer et affirment leur compétence entière (6). Toutefois on pourrait saisir les indices d'un revirement dans un arrêt du 3 avril 1905 (7) : la Cour de cassation paraît ne revendiquer que les actions en responsabilité intentées à l'occasion d'actes « de gestion », abandonnant les actes de puissance publique à la juridiction administrative.

Remarquons d'ailleurs qu'il ne s'agit là que d'une tendance dont nous ne connaissons pas de confir-

1. Confl., 27 déc. 1879. Lebon, 79, p. 879 et note. — 7 août 1880. Lebon, 80, p. 753.

2. Cass., 7 juillet 1880. D. 1880. I. 362.

3. Cons. d'État, 13 janv. 1893. Lebon, 93, p. 4. — 21 déc. 1900. Lebon, 1900, p. 804.

4. Cons. d'État, 31 janv. 1902. Lebon, 1902, p. 56.

5. Saint-Etienne, 8 nov. 1902. — Laval, 13 mars 1901.

6. Cass., 3 nov. 1885. S. 86. I. 249. — 16 avril 1894. S. 95. I. 273. — 23 juin 1897. S. 98. I. 230.

7. Cass., 3 avril 1905. *Bulletin cassation civile*, 1905, p. 61.

mation et qui pourrait n'être qu'une manifestation isolée (1).

Le conflit s'est donc en grande partie apaisé, et les contrariétés de décisions semblent devoir être moins fréquentes en raison de l'unification progressive des compétences.

Cependant nous avons cru devoir retenir cette question car son histoire encore toute proche nous fournit un exemple bien caractéristique des divergences de vues de nos deux Cours suprêmes.

Nous ne reprendrons pas dans le même ordre les quatre séries d'hypothèses que nous avons exposées. Cette méthode nous paraît de forme trop exclusivement didactique. Nous nous proposons de les retenir uniquement à titre d'exemples et de développer nos conclusions sur les tendances du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans l'ordre suivant : interprétation de la loi positive ; création de droit prétorien par les tribunaux en présence des situations non réglées par un texte ; caractères généraux, effets et évolution des deux jurisprudences.

1. La Cour de cassation n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer, pour l'accepter ou la critiquer, sur la toute dernière théorie du Conseil d'État et du Tribunal des conflits qui revendiquent pour la compétence administrative tous dommages causés par « l'exécution d'un service public ». Arrêts Feutry, 29 février 1908. Lebon, 1908, p. 217, de Fonscolombe, 11 avril 1908. D. 1908. 3. 67, ne laissant plus à l'ordre judiciaire que les contestations relatives au patrimoine privé. Nous ne pensons donc pas avoir à insister davantage sur ce point particulier.

CHAPITRE PREMIER

MÉTHODES D'INTERPRÉTATION DE LA LOI POSITIVE ET DES CONTRATS

A côté des dispositions légales strictement réglementaires à l'occasion desquelles le travail jurisprudentiel est réduit à son minimum, il existe d'autres dispositions, où l'interprétation des tribunaux doit aller jusqu'à une véritable adaptation, et où leur libre arbitre est délivré d'entraves. Ce sont les dispositions qui instituent et règlent un régime spécial (régime de la presse par exemple) ou qui ont pour objet de prescrire telle ou telle limite à un mode d'activité, en un mot les situations telles que le législateur, faute d'un criterium concret difficile ou impossible à trouver, a dû s'en remettre pour exprimer sa pensée à une formule — adverbe ou adjectif — plus ou moins large, mais aussi fatalement vague. De même il y aura une large initiative ouverte aux tribunaux lorsqu'il s'agira d'arbitrer la portée d'un contrat, sorte de loi privée, ou lorsqu'il s'agira de fixer les responsabilités découlant de son inexécution. Pour procurer la solution des questions de ce genre, l'esprit conçoit aisément deux méthodes, psy-

chologiquement, sinon juridiquement admissibles. Ou l'on se bornera à apprécier d'après les termes mêmes des textes le caractère de plus ou moins grande généralité de la disposition et à considérer uniquement sa signification littérale éclairée par le contexte, ou bien, puisqu'on se trouve en face d'une simple indication générale, l'on utilisera le pouvoir en quelque sorte prétorien tacitement concédé par le législateur et l'on reprendra l'examen des motifs qui, en législation, commanderaient telle ou telle solution; on s'inspirera des faits et de l'équité pour l'élaboration de règles *a posteriori* d'un caractère de précision plus grande que la catégorie générale et *a priori* de la loi. En fait ces deux méthodes ont été pratiquées et, circonstance aggravante, se sont heurtées l'une à l'autre soit à l'occasion d'espèces voisines, soit à l'occasion du même fait. Pour des motifs, que nous rechercherons plus tard, la Cour de cassation paraît en général avoir fait preuve d'un souci constant d'interprétation stricte et formelle, tandis que les circonstances de fait et une recherche d'équité générale semblent avoir plus particulièrement sollicité l'attention du Conseil d'État. Plus en contact avec l'administration active, le haut tribunal administratif a mieux été à même de concevoir en toute liberté les nécessités pratiques, les besoins et les intérêts respectables. Créateur d'une procédure peu formaliste il s'est cru autorisé à voir les choses très au fond, et à ne connaître d'autres bornes à son activité que celles qu'il se créait lui-même, au point de devancer sou-

vent la stricte légalité. Ces caractères ont frappé les auteurs qui se sont complus à écrire que le Conseil d'État constituait « pour l'individu une précieuse garantie qu'il ne rencontrerait nulle part ailleurs » (1), en raison précisément du remarquable libéralisme de ses décisions (2). Et certes ce sont des qualités qu'il convient d'apprécier en législation, mais qui ne semblent pas pouvoir être reconnues sans une certaine inconséquence à l'occasion de la jurisprudence.

En quoi un tribunal peut-il se substituer ainsi au Parlement ? Et à quel rang se trouve rabaisée la loi si au-dessus d'elle un pouvoir use, jusqu'à l'abus, de son droit d'interprétation pour infirmer parfois les intentions qui ressortent du texte ? L'audace du Conseil a été portée à tel point que notamment en matière de voirie la création prétorienne de l'administration juridictionnelle, si logique et si estimable quelle soit, a semblé à l'un des plus ardents défenseurs de la juridiction administrative avoir tellement le caractère d'une substitution du tribunal à la loi qu'il a été contraint de reconnaître que c'était la Cour de cassation qui jugeait bien et conformément aux textes (3). Or, c'est dans les textes que réside la garantie stable des citoyens, et à nos yeux il n'est pas sans un certain danger d'opposer à l'occasion de la

1. Dareste, *Justice administrative*, n° 12, p. 685 et 686.

2. Aucoc, n° 2, t. I, p. 332 à 334.

3. Ducrocq, *Traité de droit administratif*, t. II, p. 49 et 50. Ducrocq à son cours, leçon du 9 juin 1888.

même question — même avec les meilleures intentions — deux forces contraires, car il faut aux particuliers une connaissance sûre et définitive de leur droit pour leur permettre de calculer les conséquences des actes qu'ils accomplissent.

En résumé nous préférons la conformité stricte à la légalité qui donne à la jurisprudence sa fixité désirable et qui détourne les tribunaux à la fois des tapageuses manifestations de libéralisme ou d'équité, et des mesures rétrogrades qui, parfois, se juxtaposent aux principes les plus progressistes. Et certes ce ne sont pas de pures considérations sans fondement. Le Conseil d'État si bienveillant d'ordinaire aux intérêts privés (en matière de voirie par exemple), si attentif à maintenir la liberté des échanges commerciaux s'est montré, à l'occasion, sous l'empire de circonstances de pur fait, peu soucieux des intérêts de certaines professions, telles par exemple que celle de crieur public, dont la réglementation a donné lieu à une interprétation restrictive de la loi de 1881.

Pour illustrer, et surtout pour préciser cette manière de voir, nous avons choisi afin de les exposer en détail trois exemples où les divergences de méthodes ont conduit les deux juridictions suprêmes à un conflit d'interprétation insoluble et regrettable.

I. — ÉTENDUE D'APPLICATION DES TEXTES GÉNÉRAUX

Loi sur la presse

La presse périodique et non périodique, l'imprimerie, le colportage, l'affichage, et en général tous actes ayant pour but de renseigner librement le public ont été au cours du xix^e siècle l'objet des défiances des gouvernements. La législation est passée par à-coups d'une extrême sévérité à une extrême bienveillance, sans trouver pendant longtemps la juste mesure. La loi du 29 juillet 1881 a fixé de façon libérale le régime applicable à tous les moyens dont nous disposons pour publier notre pensée. Bien qu'intitulée « loi sur la presse », elle a traité également de la publicité en général. Elle instaure un régime de liberté, banissant la censure, l'autorisation préalable et le timbre pour se contenter de mesures de répression contre les licences possibles. Ces dispositions sont contenues dans 67 articles, complétés par un article 68 ainsi conçu : « Sont abrogés les édits, lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, déclarations généralement quelconques relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la presse périodique et non périodique, au colportage, à l'affichage, à la vente sur la voie publique et aux crimes et délits prévus par les lois sur *la presse et autres moyens de publication*, sans que puissent revivre les dispositions abrogées par les lois antérieures. »

Quelle allait être la portée attribuée à ce texte ? Sa généralité était-elle de nature à comprendre même l'exercice de la profession de crieur public consistant à faire à haute voix dans les rues la publication non seulement des journaux, écrits de toutes sortes, mais aussi des ventes, objets perdus et annonces diverses ? Telle est la question qui se posa au Conseil et à la Cour.

Le rapporteur de la loi, M. Lisbonne (1), a précisé, s'il est possible de le faire plus que le texte, la portée de l'article 68. Il déclara que les nouvelles dispositions de la loi avaient pour but de modifier les pouvoirs de police du maire, tels qu'ils résultaient, à l'égard des professions énumérées, des lois antérieures et de la jurisprudence. Au nombre des arrêts dont il entendait écarter les solutions, figure l'important arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1847 (2) qui rejetait l'application des lois spéciales relatives aux distributions de journaux et d'imprimés en ce qui concerne les crieurs d'annonces diverses et maintenait aux maires à l'égard de ces derniers la plénitude de leurs pouvoirs de police tels qu'ils résultent des lois des 16-24 août 1790, 19-22 juillet 1791, et 18 juillet 1837. M. Lisbonne ajoutait même que le législateur entendait abroger d'une façon *absolue, radicale*, toutes les lois relatives à la liberté de

1. Voir Dalloz, 1881. 4. 88, note 1.

2. Cass., 12 nov. 1847. D. 48. 5. 254.

la parole et de la presse, *toutes les lois sans en excepter aucune.*

Le caractère général de l'article 68 a été reconnu plus tard en termes formels par M. Le Vavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement près le Conseil d'État, qui dans ses conclusions devant la haute juridiction administrative (1) écrivait : « Les pouvoirs de police municipale institués par les lois de 1789, 1790 et 1791 ne peuvent porter atteinte ni aux principes fondamentaux du droit public proclamés en 1789, ni aux règles établies par une législation spéciale sur une matière déterminée. Or en ce qui concerne les crieurs publics il y a une législation spéciale, celle sur la presse, les termes du rapport Lisbonne en font foi. Donc nous estimons que la profession de crieur public ne saurait être soumise à l'autorisation préalable. »

En 1885 la question ainsi résolue en doctrine se posa devant la Cour de cassation. Celle-ci se rallia sans réticences aux solutions préconisées et statua dans le sens de la liberté absolue par un arrêt du 30 octobre 1885 (2) qui mérite pour la logique de son argumentation d'être cité en entier :

Attendu que par un arrêté en date du 23 décembre 1882 approuvé par le préfet des Bouches-du-Rhône le 16 janvier 1883, le maire de Marseille avait interdit aux colporteurs de journaux de vendre les feuilles dont ils étaient porteurs en

1. Cons. d'État, 18 janvier 1884. D. 85. 3. 74.

2. Cass. 30 octobre 1885. D. 86. 1. 177.

les annonçant autrement que par leur titre et leur prix ; que poursuivi pour avoir contrevenu à cet arrêté le demandeur a été condamné à une amende de 1 franc, le tribunal de simple police ayant décidé que l'arrêté susvisé avait été légalement pris en vertu des pouvoirs que les maires tiennent des lois des 16-24 août 1790 et 22 juillet 1791 ; attendu qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 10 décembre 1830, les journaux ne pouvaient être annoncés dans les lieux publics autrement que par leurs titres et que les infractions à cette prohibition étaient passibles des peines édictées par l'article 5 de cette loi ; que d'après le texte de l'article 1 de la loi du 16 février 1834, nul ne pouvait exercer la profession de crieur, vendeur ou distributeur d'écrits sur la voie publique sans autorisation de l'autorité municipale et que cette autorisation pouvait être retirée ; que ces deux lois avaient pour effet d'abroger les dispositions des lois des 16-24 août 1790 et 22 juillet 1791, en ce qui concerne le pouvoir de réglementation des maires sur le criage et le colportage des journaux et autres écrits périodiques et non périodiques ; attendu d'un autre côté que l'article 68 de la loi du 29 juillet 1881 a abrogé toutes les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'imprimerie, la librairie, à la presse périodique ou non périodique, au colportage et à la vente des écrits sur la voie publique sans que puissent revivre les dispositions abrogées par les lois antérieures... d'où il suit qu'en décidant que l'arrêté du maire de Marseille, en date du 23 décembre 1882, avait été légalement pris et en condamnant le demandeur à l'amende, le jugement attaqué a violé l'article 68 de la loi du 29 juillet 1881 et faussement appliqué l'article 471-15° du Code pénal.

Toutes ces considérations insistaient sur l'unité et la généralité des dispositions de l'article 68 ; le Conseil d'État toutefois n'en décida pas ainsi. Il crut devoir objecter que le cas des crieurs publics, dont la profession consiste à faire des annonces diverses, ne lui paraissait pas rentrer dans les hypothèses prévues par la loi, malgré l'expression « autres moyens de publication » employée par l'article 68, et décida que le maire pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, subordonner à son autorisation préalable l'exercice de ladite profession.

Considérant, dit-il (1), que pour demander l'annulation de l'arrêté du maire de J..., le sieur B... se fonde sur ce qu'il aurait été en violation des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 et notamment de l'article 68 qui déclare abrogés les édits, lois, décrets, ordonnances, arrêtés réglementaires, déclarations généralement quelconques relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la presse périodique et non périodique, au colportage, à l'affichage, à la vente sur la voie publique, aux crimes et délits prévus par les lois sur la presse et les autres moyens de publication ; mais considérant que le maire de la commune de J... s'est borné à réglementer l'exercice de la profession de crieur public ; que si la loi de 1881 a abrogé les dispositions de la loi du 10 décembre 1830 et du 16 février 1834 relativement aux crieurs et vendeurs sur la voie publique d'écrits ou d'imprimés de toute nature, elle n'a eu ni pour but ni pour effet de modifier les pouvoirs de l'auto-

1. Cons. d'État, 18 janvier 1884. D. 85. 3. 74.

rité municipale en ce qui touche les professions qui n'étaient pas visées par les lois précitées.

Il y a dans cet arrêt plus qu'une interprétation du texte législatif, il y a la violation manifeste de l'article 68 qui visait la presse périodique, non périodique et les « autres moyens de publication ». Il ne pouvait y avoir lieu de distinguer les crieurs de journaux des crieurs d'annonces, le texte était précis ; mais le Conseil, sous l'empire vraisemblablement de considérations de fait relatives à la commune de J..., n'a pas cru devoir laisser l'autorité municipale démunie, et a fait à son usage une distinction arbitraire et fautive que jamais les rédacteurs de la loi n'avaient envisagée, et dont le texte même n'autorisait par la création. Le Conseil d'État, cette fois, s'était fait législateur et non fidèle exécuter de la loi.

II. — SENS ET PORTÉE DES TEXTES IMPRÉCIS

Alignements

La question des alignements est peut-être l'une des plus obscures, parce que l'une des plus controversées du droit administratif. La difficulté ne réside certes pas dans la compréhension des principes, relativement clairs, mais dans leur application par deux juridictions indépendantes animées de tendances opposées.

On entend par alignement la fixation de la ligne qui sépare la voie publique du terrain qui la joint. Il a pour principaux objets de donner ou de conserver aux voies publiques la largeur nécessaire ou la direction qui convient, d'obtenir une régularité de lignes destinée à augmenter la beauté des villes, de faire disparaître des enfoncements qui pourraient nuire à la sécurité et à la salubrité, enfin de prévenir les anticipations (1). A cet effet, l'édit de 1607, encore applicable de nos jours, prescrit au riverain de la voie de n'entreprendre aucun travail le long de celle-ci sans permission et sans avoir fait fixer la limite par l'autorité administrative (2). Si la largeur et la direction de la voie publique ont été fixées par un plan d'alignement général et si, en vue notamment de son élargissement ou de son redressement, le plan prévoit l'incorporation de parcelles de constructions en bordure, la permission d'effectuer un travail au mur en saillie sera refusée au propriétaire jusqu'au jour où l'état de vétusté des bâtiments en amènera la ruine et permettra de réunir à la voie publique la partie déterminée par le plan. L'article 5, de l'édit de 1607, sanctionne de deux manières différentes ces prescriptions : il frappe d'une amende le contrevenant, et lui impose la peine supplémentaire de la démolition

1. V. Dalloz, *Jurisprudence générale*. Voirie par terre, n. 1931.

2. Dalloz, *Code des lois politiques et administratives*, t. III. V^o Voirie, n^{os} 5670 et 5698. — *Jurisprudence générale Supplément*, v^o Voirie, n^{os} 771 et 779.

« pour la besogne mal plantée ». Ces trois mots ont fait toute l'obscurité de la question. Le Conseil d'État et la Cour de cassation en ont percé le mystère de façons différentes, dont l'une témoigne d'un esprit d'initiative très hardi, et l'autre d'un souci d'exactitude et d'interprétation littérale qui va jusqu'à la dureté.

Durant de nombreuses années la Cour de cassation fit preuve d'une certaine hésitation, prise qu'elle était entre le texte de 1607 et la crainte d'empiéter sur les attributions de l'autorité administrative. De 1837 à 1882 une série d'arrêts s'en remit pour la détermination de la nature et de l'importance des travaux de réparation faits aux immeubles en saillie à l'appréciation de l'administration même, et limita le rôle du tribunal répressif au prononcé des sanctions découlant de l'avis administratif (1).

Mais aujourd'hui sa jurisprudence est fixée de façon très précise dans un sens tout opposé, affirmé encore tout récemment par un arrêt du 2 août 1907 (2). Partant de ce principe que les sanctions prononcées par l'édit ont pour but de faire réparer le dommage causé au domaine public par les travaux effectués sur les immeubles en saillie, la Chambre criminelle décide invariablement que dans ce cas la besogne est « mal plantée ». La circonstance que

1. Voir en ce sens : Cass., 28 juill. 1854. D. 55. 1. 42. — 5 juill. et 27 juill. 1860. D. 60. 1. 370. — 7 déc. 1872. D. 72. 5. 377. — 3 janv. 1879. D. 79. 5. 15. — 5 nov. 1881. D. 82. 1. 17.

2. Cass., 2 août 1907. D. 1910. 1. 433.

l'immeuble est en saillie suffit à constituer la convention et à caractériser l'illégalité.

Aussi la Cour suprême estime-t-elle qu'il y a lieu d'appliquer au contrevenant, sans distinctions et cumulativement, les deux sanctions prévues par l'édit : l'amende et la démolition. « Attendu, déclare l'arrêt du 7 février 1896 (1), après l'arrêt du 17 novembre 1866, rédigé dans les mêmes termes, que l'édit de 1607, en prescrivant que dans les cas qu'il énumère, la besogne mal plantée sera démolie, a eu surtout en vue la suppression des travaux faits sans autorisation préalable dans la partie retranchable des propriétés riveraines de la voie publique, que le juge de police n'avait donc pas à se préoccuper de la question de savoir si les travaux exécutés étaient ou n'étaient pas confortatifs, puisque le devoir d'ordonner la démolition desdits travaux résultait exclusivement dans l'espèce de ce double fait que ces travaux n'avaient pas été autorisés et que la façade était sujette à reculement. » Une longue suite d'arrêts confirma cette manière de voir (2) et l'arrêt de 1907 précité déclare enfin en propres termes : « Attendu que l'article 5 de l'édit de décembre 1607 défend à

1. Cass., 7 février 1896. D. 97. I. 501.

2. Cass., 10 déc. 1864. D. 67. 5. 473. — 17 nov. 1866. D. 67. 5. 472. — 20 nov. 1873 et 3 janv. 1874. D. 74. I. 324. — 24 août 1883. D. 84. I. 311. — 7 mai 1887. D. 88. I. 334. Conf. Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6^e édit., t. VI, n° 2766. — Aucoq, *Conférences sur l'administration*, 2^e édit., t. III, p. 96 et 113. — Féraud-Giraud *Servitudes de voirie*, t. I, p. 219. — Laferrère, *op. cit.*, t. II, p. 668.

tout particulier de faire aucun ouvrage aux murs et édifices sur et joignant la voie publique sans le congé et l'alignement de l'autorité compétente, et ordonne qu'en cas de contravention la besogne mal plantée sera abattue », précisant le sens des mots « mal plantée » qui signifient en définitive : plantés contrairement aux dispositions légales. Tel est le système très simple, très littéral, institué par les tribunaux judiciaires pour la petite voirie. S'il est sévère, il a du moins le mérite d'être clair et de ne pas permettre aux contrevenants de louvoyer au milieu de définitions obscures et de catégories indéfinies.

La juridiction administrative compétente en matière de grande voirie depuis la loi du 29 floréal an X (1) usa d'une méthode plus ondoyante et de distinctions plus subtiles. Soucieuse de ne faire souffrir au propriétaire que des restrictions de jouissance indispensables à la garantie des droits et des besoins de l'administration, et d'appliquer la servitude d'alignement avec équité, de manière à concilier l'intérêt public et l'intérêt privé (2), elle a cru distinguer dans les textes la seule prohibition de faire les travaux qui confortent, conservent ou soutiennent. Ce fut la célèbre *théorie des travaux confortatifs et non confortatifs*. Le Conseil d'État appliqua donc à tout propriétaire faisant effectuer sans autorisation des travaux à son mur sujet à reculement l'amende prévue

1. Voir ci-dessus.

2. Dufour, *Traité général de droit administ.*, n° 2982. — Gillon et Stourm, *Traité de la grande voirie*, n° 46.

par l'édit de 1607 ; mais estimant que la démolition ne peut être exigée qu'en cas de dommage, il chercha à déterminer dans quel cas il peut y avoir dommage : le texte ne le disait pas, il forgea sa théorie de toutes pièces. Il n'y a, selon lui, « besogne mal plantée » que lorsqu'il y a travail confortatif, et c'est dans ce seul cas que la démolition sera prononcée (1). Le travail est confortatif quand il a pour résultat de prolonger la durée d'un bâtiment qui sans cela serait détruit plus tôt (2). De là découle une longue liste de travaux confortatifs et non confortatifs qui ne s'établit pas sans une certaine hésitation et une certaine confusion (3). Pour rester fidèle aux considérations théoriques qui l'ont animé, le Conseil d'État a dû encore sous-distinguer parmi les travaux confortatifs : seront licites, bien que confortatifs, les travaux affectant certains immeubles pour lesquels l'application de la servitude d'alignement atteindrait la propriété dans une mesure qui ne paraît pas en équité compatible sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de la législation (4). Remar-

1. Cons. d'État, 16 juillet 1842. Lebon, p. 389. — 12 avril 1866. D. 67. 5. 472. — 9 juin 1882. D. 83. 3. 122. — 9 mars 1883. D. 84. 5. 17. — 21 et 28 novem. 1884. D. 86. 3. 45. — 17 déc. 1890. *Rec. des arr. du Cons. d'Etat*, p. 983. — 28 juil. 1893. *Rec. des arr. du Cons. d'Etat*, p. 642.

2. Dalloz, *Jurispr. générale*. Voirie par terre, n° 2211.

3. Dalloz, *Code des lois politiques et administratives*, n° 5745 et suivants.

4. Aucoc, *op. cit.*, t. III, p. 86. — Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 667. — L. Delanney, note sous Cass. D. 1910. 1. 433. — En ce sens : Cons. d'État, 22 juin 1888. D. 89. 3. 92. — 21 février 1890. D. 91. 3. 83. — 19 janv. 1894. D. 95. 5. 22. — 23 juillet 1899.

quons à cet égard qu'une particularité accentuée encore le différend qui s'est établi entre cette jurisprudence et les décisions de la Cour de cassation : le Conseil d'État n'applique pas seulement ces principes aux contraventions de grande voirie, il l'applique aussi en qualité de juge de l'excès de pouvoir aux arrêtés d'alignement pris par les préfets et les maires en matière de petite voirie, arrêtés dont par ailleurs l'inobservation relève des tribunaux de simple police.

C'est, en résumé, une double théorie prétorienne que nous rencontrons dans la jurisprudence du Conseil d'État et qui peut se formuler ainsi : les travaux non confortatifs sur les immeubles sujets à reculement n'entraînent que l'amende, les travaux confortatifs sont punis de l'amende et de la peine accessoire de démolition. Toutefois, par bienveillance spéciale, « si l'opération de voirie projetée constitue un véritable redressement qui ne peut être effectué qu'après acquisition amiable ou par voie d'expropriation » (1), la théorie fléchit et le Conseil évite de prononcer la démolition.

Nous retrouvons les mêmes distinctions et les mêmes divergences si nous considérons non plus les travaux faits au mur de face d'un immeuble sujet à

D. 99. 3. 9. — 9 juin 1899. D. 1900. 5. 20. — Cons. d'État, 22 fév. 1894. D. 95. 5. 22. — 8 août 1896. D. 97. 3. 26. — 18 février 1898. *Rec. des arr. du Cons. d'État*, p. 129. — 14 mars 1902. D. 1903. 5. 31. — 15 décembre 1905. D. 1907. 3. 80.

1. Cons. d'État, 8 juillet 1892. D. 93. 5. 26.

retranchement, mais les travaux effectués à l'immeuble situé en arrière de ce mur. Le Conseil d'État, à la seule condition de ne pas consolider le mur de face, permet de faire toutes réparations sans autorisation; il a notamment décidé que le Conseil de préfecture saisi de la prétendue contravention doit examiner si les travaux intérieurs ont pour effet de réconforter le mur de face, et c'est à tort qu'il se fonde pour en ordonner la démolition sur ce qu'ils ont été exécutés sans autorisation ou malgré le refus d'autorisation (1). La permission n'est qu'une formalité dont le Conseil s'autorise à apprécier l'importance et l'utilité dans chaque espèce qui lui est soumise. Il a cru devoir s'appuyer, pour justification de ces solutions, sur l'arrêt du conseil du 27 février 1765 qui parle de maisons et bâtiments « étant le long et joignant les routes », sur les ordonnances du bureau des finances de la généralité de Paris du 12 décembre 1747 et du 6 septembre 1774 et sur la déclaration du roi du 10 avril 1783 qui parlent aussi de ce « mur de face » (2).

La Cour de cassation invoquant l'édit de 1607, l'ordonnance du 29 mars 1854 et l'arrêt du conseil

1. Cons. d'État, 27 décembre 1844. *Jur. gén.*, V^o Voirie par terre, 2024-2^e. — Dans le même sens : 1^{er} sept. 1832, *Jur. gén.* V^o Voirie par terre, 1827. — 12 déc. 1834, *ibid.*, 2024-1^o. — 25 mars 1835, 28 mai 1835, 22 août 1838, 25 fév. 1841, 4 mai 1843, 22 juin 1843, 27 déc. 1844, 18 avril 1845, 3 mai 1845, 26 avril 1847, 22 fév. 1850, *ibidem*. — 3 juin 1858. D. 61. 5. 534. — 21 sept. 1859. D. 60. 3. 66.

2. Cf. Dalloz, *Code des lois politiques et administratives*, V^o Voirie terrestre, n^{os} 5859 et suiv.

du 27 février 1765 que ne parle pas seulement du mur de face comme soumis à l'alignement, mais « des édifices ou bâtiments quelconques en tout ou en partie », interprétant d'ailleurs strictement ces derniers termes, a posé le principe que l'élargissement d'une voie publique par un plan d'alignement a pour résultat de frapper de la servitude *non ædificandi* tout le terrain qu'il désigne : en conséquence, l'existence d'un mur de face ne saurait avoir pour effet de soustraire cette partie retranchable à la servitude d'alignement et de prolonger outre mesure un état de choses nuisible à l'intérêt public. Dans ces conditions, la démolition doit toujours être prononcée sans qu'il y ait à rechercher si les travaux sont ou non confortatifs (1).

Attendu dit un arrêt du 6 avril 1846 (2), que la fixation de l'alignement des rues d'une ville opérée conformément aux dispositions de l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 en déterminant les retranchements qui doivent être opérés sur les propriétés riveraines... soumet les portions de terrain ainsi légalement annexées à cette voie à une servitude dont le but et le résultat sont d'empêcher le propriétaire de nuire à la viabilité et de retarder indéfiniment l'exécution des plans d'alignement. Qu'il suit de ces principes que toute construction est interdite sur ces terrains, à moins d'une permission de l'autorité municipale, qui dans l'espèce n'a

1. En ce sens : Cass., 7 juillet 1863, et sur nouveau pourvoi, Ch. Réunies, 20 juin 1864. D. 64. 1. 397.

2. Cass., 6 avril 1846. D. 46. 4. 521.

pas été obtenue ; que cette interdiction résulte formellement des dispositions de l'édit de décembre 1607 et de l'article 50 de la loi du 16 septembre 1807 ; Casse.

Enfin, poussant plus loin son souci des intérêts du domaine public et s'appuyant sur cet argument que le but de l'édit de 1607 a été de régulariser la voirie pour contribuer à l'embellissement des villes et à la commodité de la circulation, la Cour de cassation a même exigé l'autorisation pour les constructions élevées, soit en retraite de la voie publique actuelle, soit en retraite de la voie publique future. Elle n'a pas hésité à sanctionner cette exigence des deux peines de l'amende et de la démolition pour cette raison que les constructions irrégulièrement élevées en retraite de la route ne nuisent pas moins à l'alignement que les constructions en saillie (1), alors que non moins systématiquement le Conseil d'État, fort d'un avis de principe en date du 21 août 1839 (2), refuse à l'administration le droit de prohiber les réparations même confortatives à des constructions en retraite de l'alignement.

Nous avons donc en présence deux systèmes divergents, il est vrai, mais dont chacun est parfaitement cohérent. Quelle est leur valeur respective, et dans quelle mesure chacun est-il conforme à la loi ?

1. En ce sens : Cass., 25 août 1853. D. 53. 5. 474. — Cass., 11 avril 1862. D. 63. 1. 478 et la note.

2. Avis du Cons. d'État du 21 août 1839. — Dalloz, *Jur. gén.*, V^e Voirie par terre, 2046.

Sur cette question, les avis sont partagés, mais l'on peut en tout cas saisir chez les partisans du Conseil d'État une tendance à juger les choses du point de vue de l'équité, et chez les partisans de la Cour de cassation une inclination vers l'appréciation purement juridique. « La jurisprudence du Conseil d'État, écrit M. Delanney (1) tout en assurant d'une façon suffisante la protection du domaine public, est assurément plus libérale et plus soucieuse d'épargner à la propriété privée des rigueurs inutiles, que celle de la Cour de cassation. » Dangereux éloge à faire d'une jurisprudence ! Est-ce, comme nous l'avons déjà dit, son plus ou moins grand libéralisme qu'il convient d'apprécier, ou sa plus ou moins grande conformité au texte de la loi ? On n'a pu, pour justifier le Conseil, que vanter son souci constant des intérêts privés, et sa plus grande souplesse à l'égard des circonstances ; mais alors s'il faut qu'il en soit ainsi pour que les choses soient parfaites, n'accusons pas la Cour de cassation de dureté et d'étroitesse, mais prenons-nous-en à la loi elle-même : « Il faut avoir le courage d'exécuter les lois, ou ne pas craindre d'engager sa responsabilité en en demandant le retrait (2). » Ce n'est pas le rôle d'un tribunal de demander le retrait d'une disposition légale, aussi la Cour de cassation a-t-elle eu le « courage », dont parle M. Féraud-Giraud, d'appliquer intégralement le texte, quel qu'il fût.

1. Delanney, note sous Cassation, 2 août 1907. D. 1910.1.433.

2. Féraud-Giraud, *Servitudes de voirie*, t. I, p. 216.

Il y a plus : le Conseil a, sans exagérer les choses, sacrifié en partie l'intérêt général dont il a la garde aux intérêts privés. Des ordonnances et édits du 22 septembre 1600, de décembre 1607, du 1^{er} avril 1697 et du 29 mars 1754, il résulte, en s'en tenant au texte même, que l'on ne peut faire aux parties retranchables des maisons aucune construction, reconstruction, réparation qui puisse conforter, conserver, ou soutenir, ni *faire aucune espèce d'ouvrage*. Ces documents ne font aucune distinction entre les travaux effectués aux parties retranchables. En adoptant le double système du Conseil d'État, « on laisse à l'arbitraire ce que la loi seule devrait régler » (1), et on aboutit même à violer de façon indirecte les règles de l'alignement en retardant autant que possible le moment où le public pourra être mis en possession du terrain retranché et jugé nécessaire à la circulation. C'est là un danger que MM. Féraud-Giraud et l'ingénieur des ponts et chaussées Doyat, ont mis en lumière. On ne saurait, à proprement parler, affirment-ils, concevoir un travail qui ne soit confortatif ; un simple crépissage a pour effet de protéger un mur contre l'action destructive du temps, et la façade, par un judicieux emploi de ce procédé, pourra durer presque éternellement.

En résumé, quel que soit le motif particulier qui l'ait mise en mouvement, que ce soit même le désir

1. Féraud-Giraud, *op. cit.*, *ibid.*

de parer à l'extrême modicité des amendes en matière de petite voirie, comme l'affirment certains auteurs, il n'en est pas moins vrai que c'est la Cour de cassation qui juge selon la loi (1), si rigoureuse soit-elle : sauf peut-être en matière d'édifices en retraite où elle a poussé trop loin la logique de son argumentation. Constatons aussi, en passant, que le mérite de la jurisprudence de la Cour de cassation réside, en raison de sa méthode d'interprétation stricte si nettement affirmée en matière de voirie, dans un respect de la séparation des pouvoirs et des fonctions plus grand que ne le comporte le système administratif (2).

III. — DÉTERMINATION

DE LA PORTÉE DES CONTRATS

Cette étude particulière qui nécessiterait de nombreux documents est rendue particulièrement délicate par le très petit nombre de cas où la Cour de cassation peut être appelée à apprécier un contrat administratif. Toutefois nous avons pu examiner une série d'espèces, où, par voie détournée, à l'occasion de l'application de l'exception d'illégalité en matière de permissions de voirie, la Cour s'est trouvée

1. Voir Cotelle, *Mémoire sur les résultats comparés de la jurisprudence concernant les alignements et permissions pour la grande et la petite voirie, passim.*

2. Voir ci-dessous, chap. II et III, *passim.*

à même de fixer les limites des obligations souscrites par les communes.

Les conventions passées par les maires, avec un industriel pour l'éclairage public ou la distribution d'eau, sont des actes fréquents et d'ailleurs parfaitement licites.

Il convient au point de vue juridique de distinguer dans de semblables contrats deux catégories d'opérations : d'une part la convention, accord de volontés générateur d'obligations, et les moyens d'exécution, à savoir la permission accordée de poser dans le sous-sol des voies publiques les canalisations nécessaires : si la convention est un acte purement contractuel, l'autorisation est un acte de puissance publique, une permission de voirie, liés l'une à l'autre par une relation de cause à effet, mais de natures essentiellement distinctes. Ce point n'a pas, à notre avis, été suffisamment mis en lumière tant par la doctrine que par la jurisprudence ; mais il semble que, plus ou moins obscurément, les diverses solutions procèdent de cette distinction.

Voici la complication qu'il s'agissait de trancher. Quand, après avoir traité avec un premier concessionnaire pour l'éclairage de la commune, un maire accorde à un autre industriel le droit de poser des canalisations permettant d'effectuer des distributions concurrentes, une obligation naît à la charge de la commune au profit du premier contractant. Le maire a commis une imprudence ou une faute que le Conseil d'État a toujours mis à sa charge. Le maire peut-

il sortir de l'impasse où il s'est mis ? Autrement dit quelle doit être la valeur du second contrat et par voie de conséquence le sort de la permission de voirie qui lui fait suite ? Le maire pourra-t-il utiliser ses pouvoirs de police pour anéantir les effets du second contrat ? Oui, répond le Conseil d'État. Non, affirme la Cour de cassation. Remarquons d'ailleurs que la question n'a, en fait, aucun intérêt pratique, si elle présente un intérêt doctrinal considérable. En effet, la commune sera en tout cas acculée à la nécessité de payer des dommages et intérêts : au second concessionnaire si on lui retire sa permission de voirie (1) ; au premier si l'on maintient la seconde permission. Une transaction onéreuse permettra seule de trancher la question qui en réalité reste inextricable.

En droit au contraire les deux situations valent d'être confrontées, d'autant plus qu'à propos de la même affaire (2) le Conseil d'État et la Cour de cassation ont préconisé des solutions opposées. La question, avons-nous dit, se résume ainsi : pourra-t-on faire échec à un contrat passé par une commune au moyen d'une mesure de police, ou bien la convention restera-t-elle intangible ? Le maire de Bar-le-Duc avait par un arrêté du 21 septembre 1889 accordé au sieur Goret le droit de placer sur les dépendances

1. C'est du moins ce que semble maintenant admettre le Conseil d'État depuis l'arrêt Colette, 10 juillet 1896. S. 1898.3.93.

2. Aff. Goret. Conseil d'État, 6 juin 1902. — Panhard, 1902, p. 41. — Cass., 25 octobre 1900. S. 1903.3.303.

de la voirie urbaine des fils pour distribution de lumière électrique aux particuliers. Sur la demande d'un sieur Jeanmaire concessionnaire de l'éclairage au gaz, la ville fut condamnée à des dommages-intérêts pour violation des clauses du premier contrat. Le maire crut pouvoir se soustraire à cette condamnation en retirant le 30 décembre 1898 la permission de voirie accordée au sieur Goret. Mais celui-ci n'accepta pas ce retrait qui nous apparaît comme la rupture par simple mesure de police d'un contrat passé avec la ville. Il usa des deux moyens mis par la loi à sa disposition : il attaqua l'arrêté du 30 décembre 1898 devant le Conseil d'État, et se laissa dresser procès-verbal pour contravention à l'arrêté, auquel devant le tribunal de police il opposa l'exception d'illégalité, arguant d'un détournement de pouvoir commis par le maire qui avait utilisé ses pouvoirs de police non dans l'intérêt de la viabilité mais pour satisfaire aux intérêts financiers de la commune.

Simultanément ces deux juridictions rendirent des arrêts contradictoires. Le Conseil d'État par une distinction subtile — trop subtile à notre sens — maintint l'arrêté du maire portant révocation de la permission de voirie accordée au sieur Goret :

Considérant que si en règle générale les permissions de voirie bien que précaires et révocables ne peuvent être retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en font pas une obligation, il doit en être autrement lors-

qu'au lieu de concerner de simples particuliers, ces permissions sont accordées en vue de favoriser des entreprises dont le maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée... que dans ces circonstances il était du devoir du maire de se conformer aux injonctions de la justice, et qu'il a pu sans excéder ses pouvoirs rapporter par l'arrêté attaqué la permission accordée au requérant.

Au milieu des embarras et des pétitions de principes qui encombrent cet arrêt, nous lisons clairement le désir de tirer si possible la commune des difficultés où elle se trouvait ; sans déclarer nul le contrat passé avec le sieur Goret, dont la permission de voirie était l'accessoire et le moyen d'exécution, on lui retire toute efficacité par la validation d'une mesure de police.

La Cour de cassation au contraire, respectueuse des situations juridiques acquises, et se maintenant sur le terrain du droit strict, se refusa à admettre que l'arrêté de révocation du maire pût tirer la commune de la situation où elle se trouvait et refusa de reconnaître pour valable ledit arrêté pour la raison qu'il n'était pas pris dans l'intérêt de la voirie ou dans l'intérêt public, mais bien dans l'intérêt privé de la commune : Le maire, dit-elle, avait excédé ses pouvoirs car « l'usage qu'il en fait n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui sont conférés. » C'était le refus pur et simple de consentir une modi-

fication d'un état contractuel en faveur d'un intérêt d'ordre pécuniaire. Malgré les incertitudes résultant de la complexité et de la nouveauté des situations que nous venons d'envisager, il résulte, semble-t-il, que la Cour de cassation tient à s'en remettre purement et simplement aux termes des accords conclus, et se refuse par voie détournée à en autoriser la rupture en dehors des cas où l'intérêt public en ferait un devoir. Le contrat est pour elle une loi privée qu'elle se refuse à transgresser ou à restreindre.

Les trois exemples que nous venons d'exposer nous semblent en résumé révéler chez chacune de nos deux juridictions une méthode bien ferme et un esprit bien défini. Qu'il s'agisse de l'interprétation d'une clause générale, de la définition d'une situation insuffisamment caractérisée, ou de la portée à attribuer à une convention, nous voyons d'une part la Cour de cassation s'en tenir au texte même, éclairé par des considérations simples et strictement juridiques, et d'autre part le Conseil d'État substituer parfois ses propres distinctions aux dispositions légales. En réalité chacun de ces tribunaux est demeuré dans sa sphère, fidèle à sa mission et à ses origines ; l'un juridiction pure, jugeant les jugements, statuant exclusivement sur le point de droit ; l'autre autorité hiérarchique à forme juridictionnelle, accessible à ce titre à des considérations d'opportunité et d'équité. Les points de départ, les tendances sont distincts et c'est pourquoi les divergences se sont

accentuées avec le temps sans que jusqu'à ce jour un terrain d'entente ait pu se trouver où se réconcilieraient le fait et le droit (1).

1. Voir ci-dessous, chap. III, p. 119 et suiv.

CHAPITRE II

ABSENCE DE LOI POSITIVE. — CRÉATION DE DROIT PRÉTORIEN

La vie ne présente pas le caractère schématique que revêt nécessairement toute réglementation née de l'esprit humain. Les catégories juridiques ne sauraient l'enserrer tout entière, et rendre compte de ses manifestations ondoyantes et diverses. Bien souvent il faut faire effort pour trouver dans la classification que sont les lois le genre ou l'espèce de tel ou tel acte. Il faut mettre en œuvre déductions et analogies pour caractériser juridiquement certaines situations. Et cela est d'autant plus grave que les lois doivent être non seulement des classifications, mais encore des catégories obligatoires : elles ont pour but de contenir l'activité humaine dans un réseau strict, et l'acte qui leur échappe est une cause de désordre dans le tout social. Aussi les tribunaux, pour maintenir intacte la construction sur laquelle ils sont chargés de veiller, ont-ils dû se constituer législateurs provisoires pour tous actes non définis législativement.

Ils l'ont fait, selon l'esprit qui les anime, hardi-

ment ou timidement ; ou ils se sont substitués purement et simplement à la loi muette — c'est ainsi que le Conseil d'État conçoit son rôle de gardien de l'ordre social — ou bien ils ont cherché par voie d'analogie une base soit dans la loi même statuant sur une espèce voisine, soit dans une autre branche du droit, consentant même au besoin à s'avouer désarmés quand aucune stipulation ne leur semblait pouvoir s'étendre au cas envisagé ; c'est là une méthode à laquelle la Cour de cassation s'est toujours montrée fidèle. De la timidité judiciaire ou de l'arbitraire pré-torien, nous ne savons trop lequel doit être encouragé, et lequel socialement doit être approuvé ; mais nous n'hésitons pas au point de vue de la légalité à considérer comme une pratique contraire à la séparation des pouvoirs le rôle que s'est assigné le Conseil d'État, et dont la consécration législative parfois intervenue après coup démontre sans doute l'excellence, mais non le caractère originel de légalité.

I. — PRESCRIPTIONS ÉDICTÉES SANS SANCTIONS

Une loi dépourvue de sanction pénale paraît devoir rester inefficace ; ce serail une naïveté de croire à une adhésion volontaire à des prescriptions qui, plus ou moins, lèsent un intérêt. Et, pourtant, il est difficile d'admettre que le législateur ait voulu simplement poser un principe, de l'application

duquel il se désintéresserait. Si la chose peut se rencontrer en matière politique où plus d'une fois la règle générale posée dans les premiers articles constitue une concession à l'opinion publique sans que le Parlement ait songé à autre chose qu'à l'affirmer, les lois administratives ne sauraient présenter pareille habileté ou pareille duplicité. Elles sont en réalité faites pour être appliquées; pourra-t-on et comment devra-t-on suppléer à la négligence du législateur? En théorie pure, nous inclinerions à penser qu'il serait bon de combler la lacune du texte en usant d'un biais qui conserve au moins un caractère de légalité. En jurisprudence les avis sont partagés.

M. Berthélemy (1), M. Romieu (2), M. Laferrière (3) fidèles à une méthode d'interprétation stricte se refusent à armer la justice en l'absence d'un texte « la justice doit rester impassible et l'administration doit s'avouer impuissante ». — « Où le texte est muet la fonction de l'administrateur s'arrête. » — « Les autorités publiques ne peuvent s'investir elles-mêmes du pouvoir que le législateur a omis de leur accorder. »

Depuis la loi du 10 juillet 1894 le Conseil d'État et la Cour de cassation sont en désaccord sur la

1. Berthélemy, *De l'Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative*. (*Revue du Droit public*, 1904, p. 216).

2. Romieu, Conclusions sous conflit, 2 décembre 1902; D. 1903. 3. 41; S. 1904. 3. 17.

3. Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. II, p. 44.

valeur des solutions présentées par ces auteurs. Les deux hautes juridictions avaient unifié leurs jurisprudences sur la question de savoir si les maires tiraient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 le droit de prescrire des mesures d'assainissement dans l'intérieur des immeubles.

Elles avaient conclu en faveur de l'affirmative sauf cette restriction toutefois qu'il ne pouvait être prescrit un mode particulier d'exécution (1). La question de l'application à la Ville de Paris du tout à l'égout prescrit par la loi du 10 juillet 1894 remit tout en question et divisa les deux juridictions.

Cette loi dans son article 2 disposait que les propriétaires des immeubles sis à Paris et dans le département de la Seine, et donnant sur des rues pourvues d'un égout public seraient à l'avenir tenus d'écouler souterrainement et directement à l'égout les matières des cabinets d'aisance, le tout dans un délai de trois ans. Mais aucune sanction ne frappait les contrevenants, et le Préfet de la Seine, soucieux de pourvoir à l'application de la loi, crut pouvoir atteindre son but par la voie administrative. Le 8 août 1894, il prit un premier arrêté réglementant l'écoulement direct et souterrain des matières de vidange. Sur un recours introduit par M. Boucher d'Argis, agissant tant en son nom que comme pré-

1. Cass. 25 juillet 1885, S. 88. I. 88. — 18 juin 1887. S. 88. I. 396. 28 juillet 1893. — S. 93. I. 488. — 29 juillet 1898. S. 1900. I. 157. — Cons. d'État, 7 mai 1886. Beaujour. — 25 mars 1887, Syndic des propriétaires de bains de la Seine. — 23 décembre 1892, Augier.

sident de la Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris, cet arrêté fut annulé par le Conseil d'État le 1^{er} mai 1896 pour ce motif « qu'il n'appartenait pas au préfet de la Seine de suppléer, comme il l'a fait par l'arrêté attaqué, au silence de la loi du 10 juillet 1894 en édictant un véritable règlement d'administration publique à l'effet notamment de fixer uniformément le nombre des cabinets d'aisance qui devront être établis dans tout immeuble à construire, de prescrire l'emploi de systèmes d'appareils déterminés d'avance (1). » La question était bien nettement posée. En l'absence de toute pénalité, le Préfet de la Seine avait essayé de faire passer dans un arrêté, pris de sa propre autorité, sans invitation du pouvoir législatif, les dispositions de la loi de 1894 ; par ce moyen le contrevenant devenait passible des peines de l'article 471-15°. Cet article du Code étant inapplicable aux lois, on substituait un arrêté à la loi, et le tour était joué. Dans son arrêt du 1^{er} mai 1896 le Conseil d'État condamnait cette pratique.

Le 9 mai 1896, le Préfet de la Seine prit un nouvel arrêté, que sur un nouveau recours de M. Boucher d'Argis il rapporta avant tout jugement.

Enfin un troisième arrêté du 24 décembre 1897 témoigna de la préoccupation de ne plus entrer dans les détails matériels d'exécution. Le Préfet se bornait à édicter, pour tout propriétaire se disposant à

1. Conseil d'État, 1^{er} mai 1896 ; S, 1898. 3. 67.

installer dans son immeuble l'écoulement direct à l'égout, l'obligation d'adresser à l'administration des plans et coupes cotés des travaux projetés et de se soumettre en outre à la déclaration préalable prescrite par l'ordonnance du 20 juillet 1838.

M. Boucher d'Argis agissant en la même qualité que précédemment forma un nouveau pourvoi, alléguant notamment que la communication préalable des plans et coupes des travaux projetés est législativement imposée par le décret du 26 mars 1852 sur la construction des maisons, et ne saurait en conséquence être édictée par un simple arrêté. La Ville de Paris intervint à l'instance en soutenant que même si la disposition du décret du 26 mars 1852 est d'ordre législatif le Préfet peut puiser dans son pouvoir réglementaire le droit de prendre la mesure critiquée. Le Conseil d'État cette fois donna raison à la Ville et rejeta la requête (1) de M. Boucher d'Argis en se gardant bien toutefois d'examiner la question de savoir si le Préfet avait le pouvoir de substituer la sanction que comporte tout arrêté légal à la lacune de la loi de 1894. Il se maintint sur le terrain du décret de 1852, affirmant simplement le droit pour le Préfet d'en rappeler par arrêté les dispositions. C'était une grave décision ; il est seulement regrettable que le caractère embarrassé de l'arrêt, en regard de l'importance et la gravité de l'innovation qu'il approuve, et dont M. Robert, commissaire du

1. Cons. d'État, 9 mars 1900. — S. 1901. 3. 1.

gouvernement, disait qu'elle « affectait d'une manière profonde le droit du propriétaire en permettant à l'autorité municipale de franchir sur le plan qu'elle examine le seuil de la maison », ait pu faire douter de sa valeur juridique et induit notamment M. Hauriou à penser que le Conseil d'État avait purement et simplement cédé « par lassitude, pour n'avoir pas à condamner une troisième fois les prétentions de la Préfecture de la Seine, mais non sans quelques doutes, sur la valeur du résultat auquel il arrivait (1) ».

Cette lassitude et ces doutes, la Cour de cassation ne les a pas éprouvés. Elle a posé la question dans toute sa netteté, et il est intéressant de confronter la précision de son arrêt du 31 décembre 1903 (2) avec le laconisme de l'arrêt du Conseil que nous venons d'examiner. Après avoir rappelé que la loi de 1894 avait, sans le sanctionner, posé le principe de l'écoulement à l'égout des matières, il s'exprime ainsi sur la légalité de l'arrêté du 24 décembre 1897 : « Attendu que la loi du 10 juillet 1894 ne prononce aucune peine spéciale et que l'infraction aux prescriptions de ladite loi ne saurait être sanctionnée par l'article 471-15° du Code pénal ; qu'en effet cet article ne s'applique qu'aux règlements légalement faits par l'autorité administrative ou municipale ; qu'une loi ne peut avoir ce caractère et que

1. Hauriou note sous Conseil d'État, 9 mars 1900. S. 1901. 3. 1.

2. Cass., 31 décembre 1903 S. 1905.1. 425.

les tribunaux doivent l'appliquer dans son texte sans la modifier ou l'étendre et sans y ajouter notamment à titre de sanction pénale une disposition que le législateur seul avait le droit d'édicter ; Attendu que les dispositions... des deux arrêtés du 24 décembre 1897 ne sauraient non plus être sanctionnées par l'application de l'article 471-15° du Code pénal ; qu'il faudrait pour que la sanction de cet article pût être attachée à leur inobservation que les lois existantes eussent attribué au Préfet de la Seine la mission de faire de tels règlements ; que cette attribution ne résulte pas de la loi du 10 juillet 1894 dont le texte ne contient aucune délégation en vue de son exécution, et que d'autre part le Préfet de la Seine n'a pu en vertu de ses pouvoirs comme chef de la police municipale légalement prescrire les mesures édictées par les articles précités de ces deux arrêtés ; qu'en effet la loi des 16-24 août 1790 ni aucune autre disposition législative ne lui confie le droit de soumettre les propriétaires à de pareilles obligations. »

M. Roux dans sa note (1) regrette ces solutions qui « laissent l'esprit perplexe sur ce qui aux yeux de la Cour suprême constitue l'illégalité de l'arrêté qu'elle a refusé de sanctionner ». Il objecte que les mesures prises par le préfet de la Seine rentrent dans les attributions de police dérivant de la loi de 1790, et cherche quels motifs ont conduit la Cour de cassation à refuser l'application de l'arrêté. Il soumet et

1. Roux, note sous Cassation, 31 décembre 1903. S. 1905.1.425.

rejette tour à tour diverses applications dans le détail desquelles nous ne saurions entrer, et adopte une formule qui a, entre autres, le lourd défaut de ne s'appuyer sur aucun mot de l'arrêt : il estime que la Cour a vu dans l'arrêté du préfet une violation du droit de propriété portant sur les matières usées des cabinets d'aisance comme il porte sur les eaux ménagères et autres déchets.

Mais comment M. Roux n'a-t-il pas vu que son opinion reposait sur une confusion ?

La confiscation des matières usées n'a pas été prononcée par l'arrêté préfectoral, mais par la loi de 1894 elle-même. Le préfet n'a réglé que des mesures d'exécution. Nous opposerons à M. Roux une explication qu'il répudie à tort : en matière de salubrité le maire (ou le préfet dans le département de la Seine) a le pouvoir d'ordonner la disparition de la cause d'infection, mais il n'a pas celui de prescrire le moyen à employer pour y parvenir (1). Or, quel pouvait être le but de l'arrêté du préfet ? rappeler la disposition de la loi ? il aurait été inutile et aurait fait double emploi ; la préfecture n'aurait pas si vivement désiré son maintien. Non ; il voulait procurer l'exécution de la loi en instituant une sanction que la loi ne prévoyait pas : il préconisait indirectement un moyen pour parvenir à la disparition de l'insalubrité possible : ce moyen était l'application des peines de l'article 471-15^o du Code pénal à

1. Cass., 6 août 1898. S. 1900. I. 111 et la note.

toute personne contrevenant à l'obligation de subir le contrôle de l'administration (1). Ainsi s'explique fort clairement l'argumentation de l'arrêt et le rapprochement qu'il opère entre l'inapplicabilité dudit article à la loi et la possibilité de l'invoquer au contraire si l'arrêté était reconnu légal.

Fidèle non seulement à sa jurisprudence antérieure mais encore à sa méthode d'interprétation rigoureuse des lois proclamée dans le texte de l'arrêt, la Cour n'admit pas que par voie indirecte l'autorité administrative pût empiéter sur la fonction réservée au législateur. Il est parfaitement évident que cet aveu d'impuissance est regrettable en fait : la loi était réputée bonne puisqu'elle a été adoptée, et pourtant il nous faut résigner à la voir mépriser et rejeter. L'on serait tenté peut-être de se ranger aux côtés du Conseil d'État si pareille adhésion n'avait pas pour effet d'introduire l'arbitraire d'un corps irresponsable là même où les citoyens peuvent exiger un maximum de garantie, dans le régime imposé à la propriété privée.

1. Voir Berthélemy, note sous cassation, 31 décembre 1903, D. 1904. I. 281.

II. — ABSENCE DE TOUTE DISPOSITION LÉGISLATIVE

A. — Cas où à défaut de dispositions législatives spéciales, des principes généraux ou des règles de droit civil peuvent être invoqués.

Le droit public, s'il comporte des multitudes de dispositions législatives fragmentaires, ne paraît pas s'être beaucoup embarrassé de théories générales. Bien des questions ont été purement et simplement abandonnées à la jurisprudence. Ce phénomène est d'autant plus regrettable que la complexité des situations à envisager, que le conflit des intérêts publics et privés, que les rapports des particuliers avec des collectivités elles-mêmes de nature juridique encore fort obscure, nécessiteraient des précisions plus grandes que celles de toute autre branche du droit. Il est vrai que pour combler ces lacunes les tribunaux peuvent utiliser les solutions voisines du droit privé par exemple, confronter le droit public avec le Code civil, ou à son défaut assurer l'exécution des principes fondamentaux de notre législation. Mais rien ne leur en fait une obligation, et si l'on peut constater que la Cour de cassation a transporté dans le droit administratif les concepts du droit privé, nous verrons au contraire le Conseil d'État affirmer l'autonomie absolue du droit public et son incompatibilité avec les principes et sanctions du Code civil.

Les questions de responsabilité des personnes publiques et de délimitation du domaine public fluvial et maritime où les tribunaux n'étaient liés par aucun texte législatif ont donné au Conseil et à la Cour l'occasion d'affirmer leurs tendances divergentes.

a) *Responsabilité des personnes publiques.* — Le fonctionnement de la machine administrative cause journellement — les demandes en réparation en font foi — de nombreux dommages aux particuliers. Mais la loi, à part quelques rares solutions d'espèces, ne s'est jamais prononcée sur les conditions dans lesquelles la responsabilité des administrations doit être admise. Les principes qui se sont fait jour sont tous d'ordre jurisprudentiel. Aussi les avis restent-ils partagés sur l'origine et l'étendue de la responsabilité.

La majorité des auteurs de droit administratif et la jurisprudence du Conseil d'État se refusent à appliquer littéralement les articles du Code civil relatifs à la responsabilité des individus, dont toutefois ils ne se refusent pas à reconnaître la conformité avec l'équité générale. « C'est dans le droit public, dit notamment M. Teissier (1), c'est dans le droit public et non dans le droit civil qu'il y a lieu

1. Teissier, *De la Responsabilité de la puissance publique*, p. 163. — Dans le même sens : Aucoc, *Conf. sur le droit admin.*, 3^e édit., t. I, n^o 288. — Dareste, *Justice admin.*, p. 537. — Brémont, *Compétence administr.*, no 1507. — Roger, *De la Respons. civile de l'État*, p. 32 et suiv.

de chercher les bases de la responsabilité de l'État et de ses démembrements. »

Mais le droit public manquait à cet égard de précision et la jurisprudence du Conseil d'État s'en est ressentie jusqu'à ces derniers temps.

Partant du vieux principe, d'origine antique, de l'infailibilité du souverain, il a longtemps affirmé l'irresponsabilité de l'État, primitivement à l'égard de tous ses actes et plus tard à l'égard de ses seules mesures de souveraineté. Il fallut toute une longue évolution pour faire admettre successivement des exceptions libérales au vieux principe : l'on vit peu à peu admettre le droit à réparation en cas de dommages causés aux immeubles par les services d'intérêt général, puis en cas de dommages aux personnes ou à la propriété immobilière imputables à des accidents de service. Pourtant à partir de 1882 cette évolution s'arrêta et l'on vit réapparaître dans les arrêts, et pour une longue période de temps, la formule de l'irresponsabilité à raison des actes de puissance publique. Ce mouvement se dessina sous l'influence de M. Laferrière qui avait cru devoir diviser les actes administratifs en deux grandes catégories, les actes de gestion et les actes de puissance publique : les premiers ouvraient un droit à indemnité, les seconds se heurtaient à l'irresponsabilité absolue de l'État. C'est ainsi que le Conseil écarta, comme non recevables, les demandes formées par des fonctionnaires à l'occasion de décisions administratives irrégulières, ainsi que toutes requêtes

introduites à l'occasion de dommages causés par des actes de police (1), ou imputables à la maladresse et à la négligence des agents de la force publique (2).

Mais la distinction lancée par M. Laferrière et reprise après lui par MM. Berthélemy et Michoud fut vivement battue en brèche. « Cette division, dit M. Teissier, qui paraît séduisante *a priori*, parce que l'esprit la conçoit bien en théorie, s'obscurcit et s'efface par la force même des choses, quand on veut en faire l'application, au contact des réalités administratives... ; il faut reconnaître que la décomposition de l'État, des colonies, des départements et des communes en puissance publique et personnes morales agissant dans les conditions du droit privé est une pure conception philosophique, une pure opération de l'esprit qui ne correspond pas à une vérité juridique... A tous les actes de l'État et de ses démembrements, quels qu'ils soient, se mêle une notion d'intérêt public, une idée de puissance publique impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun, et l'on doit considérer comme actes de puissance publique tous les actes par lesquels l'administration assure d'après les moyens et suivant les règles à elle propres l'application des lois et le fonctionnement des services dont elle a la charge (3). »

1. Cons. d'État, 13 janvier 1893. Lebon, p. 4.

2. Cons. d'État, 13 janvier 1899. Lebon, p. 17.

3. Teissier, *op. cit.*, p. 171 et suiv. — En ce sens conclusions de M. David. Affaire Blanco. Lebon, 1873. 1 supplément, p. 61.

Le Conseil d'État semble aujourd'hui s'être rangé à cette doctrine, et revient aux solutions qu'il admettait à la fin de l'empire. Il n'oppose plus de fin de non recevoir aux demandes d'indemnités formulées même à raison d'actes de police qui auraient porté préjudice à des particuliers (1).

Mais ce n'est pas à dire que la responsabilité doive être admise dans tous les cas. Soutenu sur ce point par le tribunal des conflits, le Conseil d'État, après avoir répudié l'application des principes de droit civil, affirme « que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a des règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État et les droits privés (2).

Quelles sont ces règles spéciales ? Quelles sont les bases de cette responsabilité et dans quelle mesure est-elle admise ?

Il fallut pour résoudre ces questions recourir aux principes généraux d'équité, à défaut de textes exprès, tout en les faisant fléchir lorsque des nécessités administratives impérieuses et des règles fondamentales de notre droit public faisaient obstacle à leur application. Il convient écarter d'abord les cas où l'acte dommageable provient d'une faute lourde ou d'un délit du fonctionnaire. L'administration est alors, contrairement aux principes du Code civil, déchargée de toute

1. Cons. d'État, 25 février 1863. Lebon. 1863, p. 188. — 6 avri 1870. Lebon, p. 404.

2. Cons. d'État sur conflit, 6 déc. 1855. Lebon, p. 707. — Confl., 1^{er} fév. 1873. Blanco. Lebon, 1 suppl., p. 51.

responsabilité, ce qui n'est pas une médiocre source d'obscurités ou de difficultés. Mais cette solution une fois admise, il y a lieu de dégager les idées de la jurisprudence pour les cas où joue la responsabilité administrative. M. Teissier (1) distingue deux grands principes directeurs :

« Le premier, imposé, tout comme l'article 1382 du Code civil, par les notions les plus certaines de l'équité, et qui dans la matière du droit public trouve sa base juridique dans la déclaration des droits de 1789, c'est que les citoyens ne doivent pas souffrir plus les uns que les autres des charges imposées dans l'intérêt de tous. Les dommages exceptionnels, les accidents, que la puissance publique dans l'exercice de sa fonction administrative cause parfois à certains particuliers, doivent, par suite, être considérés comme imputables au compte des frais généraux des services publics payés par l'impôt, supportés conséquemment, en raison de leurs facultés par tous ceux qui constituent la collectivité bénéficiaire de ces services.

» Le second de ces principes qui tempère le premier et le limite, c'est que les nécessités de la vie en société et l'existence même de l'état imposent à tous les citoyens, parce que tous profitent de son organisation et de ses services, l'obligation de supporter sans indemnité, à moins que le législateur en ait décidé autrement, toutes les conséquences domma-

1. Teissier, *op. cit.*, p. 177 et suiv.

geables dérivant de l'exercice légal et régulier de la puissance publique et du fonctionnement normal des services d'intérêt général.

» De la combinaison de ces deux principes primordiaux, il résulte que le droit à réparation pour dommages n'est ouvert au profit des particuliers que lorsque ces dommages sont imputables à l'exercice illégal de la puissance publique ou à une marche défectueuse du service public. En d'autres termes, il ne peut être question de responsabilité à la charge de l'État et de ses démembrements que lorsque la puissance publique a excédé ses pouvoirs légaux, que lorsque le service public fonctionnant à faux a causé aux citoyens un préjudice exceptionnel dépassant les risques normaux que le législateur a entendu laisser à leur charge. »

Il a fallu un siècle pour arriver à cette conception dont la parenté avec le principe des articles 1382 et 1384 est si évidente que M. Teissier se voit contraint d'avouer que cette notion se rapproche de la faute civile avec cette seule différence qu'elle est ici imputable non à un individu, mais à une entité, le service public, et que cette faute peut consister uniquement dans la mauvaise organisation du service, sans qu'aucun fait puisse être reproché à l'un quelconque de ses agents.

D'ailleurs, il convient de remarquer que dans le dernier état de la jurisprudence, une nouvelle différence tend à se faire jour. Dans l'arrêt Lefébure (1), le

1. Cons. d'État, 5 février 1909, Leb. p. 141.

Conseil d'État cherche à substituer à la théorie de la faute une théorie des risques inhérents au fonctionnement même normal d'un « service public ». C'est à n'en pas douter une grave et intéressante innovation qu'il y aurait intérêt à voir développer par le Conseil, et qui tend à donner au premier principe dégagé par M. Teissier la prédominance sur le second.

La Cour de cassation n'a pas passé par toutes les distinctions et les subtilités premières de la juridiction administrative. Le développement de sa jurisprudence s'est fait directement au moyen des principes du droit civil dont le Conseil s'était longtemps débarrassé seulement en apparence. Un grand nombre de commentateurs du Code civil lui avaient ouvert la voie. Marcadé (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e édition, t. V, p. 270), Demolombe (*Cours du Code civil*, t. XXI, p. 553) puis après eux Aubry et Rau (*Cours de Code civil*, 4^e édit., t. IV, p. 761) préconisèrent l'application intégrale des articles 1382 et 1384 quelle que fût la nature des dommages subis. D'autres auteurs reprenant la distinction de M. Laferrière (Larombière, *Traité des obligations*, t. V, art. 1384. — Sourdat, *Traité de la responsabilité*, édit. de 1876, t. II, p. 482. — Michoud, *De la responsabilité de l'État*. — Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e édit. p. 75 et suiv.), ont admis l'application des articles du Code civil aux actes de gestion, tout en les déclarant étrangers aux actes de puissance publique. Ce que nous avons à retenir dans

leur argumentation, c'est non pas leur construction théorique et leur classification des actes administratifs que nous avons critiquées précédemment, mais leur souci de maintenir au moins sur certains points un droit formel à indemnité basé sur un texte. Et en vérité il est trop facile de démontrer que la puissance publique se glisse jusque dans la gestion, pour ne pas ressentir la nécessité d'un contrôle bien défini, et le danger d'une jurisprudence variable. Si les moyens d'actions des personnes publiques sont exceptionnels, même en matière de gestion des services publics, *a fortiori* doit-on s'attacher à protéger les particuliers contre l'impunité de l'administration, et à sanctionner autrement qu'en équité les illégalités commises. Que l'on n'aille pas non plus objecter qu'il est impossible de faire supporter à l'état les conséquences de la faute lourde de ses préposés, parce que selon M. Laferrière ses agents jouissent d'une large initiative et que le contrôle en raison de l'étendue des services ne saurait veiller à tout. Il serait vraiment puéril de prendre ce raisonnement pour une raison : le manque de contrôle ou l'impossibilité d'organiser la surveillance doivent-ils donc retomber sur les particuliers et couvrir les illégalités ou les négligences des préposés ? Si les services publics sont mal constitués, défions-nous plutôt de leurs excès de libertés et de la licence qui peut en résulter. Et, d'ailleurs, doit-on traiter l'État autrement que les grandes sociétés civiles ou commerciales qui sont soumises au droit commun,

et qui ne se différencient pas des administrations publiques autrement que par le but poursuivi ?

C'est ainsi que raisonna l'autorité judiciaire qui, à l'occasion de la responsabilité communale, appliqua longtemps indistinctement les articles 1382 et 1384, et condamna les communes dans tous les cas où pour un particulier elle eut reconnu les éléments d'une faute donnant lieu à réparation, cela sans se préoccuper du caractère de l'acte administratif ou du service incriminé. Elle n'hésita pas notamment à déclarer les villes civilement responsables des préjudices causés par des arrêtés de police de leurs maires, par le mauvais fonctionnement de leurs services municipaux de police et par les fautes d'agents municipaux de la force publique (1). Pourtant dans les trente dernières années, un certain flottement se produisit dans la jurisprudence, jusque-là si une, de la Cour de cassation. A la suite de certaines cours d'appel qui avaient refusé de condamner des communes à raison du défaut de mesures de police lors des fêtes publiques (2), la Cour de cassation parut en 1905 jeter les bases d'une évolution de jurisprudence. Distinguant de la manière la plus nette les actes administratifs

1. Aix, 24 février 1880. D. 80. 2. 243. — Cass., 16 mars 1881. D. 81. 1. 194. — Cass. 10 février 1884. D. 84. 1. 365. — 3 novembre 1884. D. 86. 1. 397. — Lyon, 7 décembre 1894. D. 95. 2. 233. S. 95. 2. 180. — Rouen, 7 décembre 1891. *Gazette du Palais*, 1891, p. 644. — Orléans, 16 avril 1883. *Gazette du Palais*, 1884, p. 939. — Cass., 3 janvier 1883. D. 83. 1. 211. — 1^{er} juin 1886. D. 86. 1. 166.

2. Angers, 27 mars 1878. D. 80. 2. 302. — Douai, 5 janvier 1885. *Gazette du Palais*, 1885, p. 250.

en actes de puissance publique et actes de gestion, elle décida que comme par le passé les derniers pourraient toujours, en cas de préjudice causé, donner lieu à des actions en dommages-intérêts contre les communes devant l'autorité judiciaire par application des articles 1382 et suivants du Code civil, tandis que pour les actes de puissance publique elle proclama à la fois l'incompétence des tribunaux ordinaires et la non-applicabilité aux communes des règles du droit civil sur la responsabilité (1). M. Teissier considère les arrêts ci-dessus analysés de 1905 et de janvier 1906 comme marquant une évolution décisive. Nous ne le croyons pas. A peine ces nouveaux principes formulés, la Cour revenait à sa doctrine traditionnelle, en face de laquelle les deux arrêts isolés semblent constituer une anomalie.

En effet, attendu en droit, disait-elle dans un arrêt du 2 mai 1906 (2), que les termes de l'article 1384 sont généraux et qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions de lois relatives à l'organisation de la police telle qu'elle résulte des articles 91, 97, 2^o et 3^o, et 103 de la loi du 5 avril 1884, que d'autre part les règles relatives à la responsabilité civile de l'État ne sont pas applicables à celle de la commune... D'où il suit que en retenant la cause, la Cour d'appel n'a pas violé la

1. Cass., 3 avril 1905. *Bulletin cass. civile*, 1905, p. 61. — 15 janvier 1906. *Gaz. des tribunaux*, 21 janvier 1906. D. 1909. I. 97, et note de M. Politis.

2. Cass., 2 mai 1906. S. 1907. I. 129.

séparation des pouvoirs et n'a pas faussement appliqué l'article 1384 du Code civil...

L'applicabilité du droit civil en matière de responsabilité se trouve donc définitivement affirmée par la Cour suprême, et sa doctrine s'oppose encore bien nettement à celle du Conseil d'État qui, fidèle aussi à sa tradition et à sa théorie de l'incompatibilité du droit public et du droit privé, répudie le droit à indemnité pour dommages subis et n'admet qu'une bienveillance équitable pour le particulier lésé.

Cette pratique, évidemment favorable aux intérêts de l'État qu'elle réserve, fait contraste avec l'unanime réputation de libéralisme du Conseil. La responsabilité de l'État n'est ni générale ni absolue, disent les arrêts; elle n'est mise en jeu que si aucun principe ne s'y oppose : or, ces principes sont ondoyants, et c'est la règle du bon plaisir qui prendra la place de la garantie juridique. Et cela est très dangereux pour le particulier. Le bon vouloir en effet peut toujours se démentir; il vaut mieux pour un citoyen se retrancher derrière un texte et un droit que de se fier à des principes d'équité. En fait, en cette matière de réparation de dommages, l'absence de texte n'a pas encouragé le Conseil d'État, la jurisprudence est restée longtemps bien plus rigoureuse que celle de la Cour de cassation et aussi bien moins large, puisque la Cour a fait depuis de nombreuses années un cas de responsabilité même de l'exercice légitime de la puissance publique, quand il préjudicie à un droit

de propriété préexistant (V. délimitation du domaine public), tandis que le Conseil posait comme première condition l'illégalité de la mesure prise. Il est possible que l'évolution du Conseil d'État vers l'admission d'une théorie de la responsabilité basée sur le risque social vienne atténuer dans un avenir prochain la contrariété que nous signalons.

b) *Délimitation du domaine public fluvial et maritime.* — Nous trouvons ici encore une opposition de doctrine, le Conseil d'État raisonnant *in abstracto*, avec une logique formelle irréfutable, et la Cour faisant appel aux conceptions et aux solutions du droit civil, et se refusant à laisser subir au droit de propriété une atteinte sans un texte formel ou sans indemnité.

L'administration gardienne du domaine public a incontestablement le pouvoir de le délimiter. Le décret du 21 janvier 1852 confirme et règle ce pouvoir, en faisant d'un décret en Conseil d'État l'aboutissant de la procédure. C'est sur le caractère et les conséquences d'un tel acte que l'incompatibilité des points de vue du Conseil d'État et de la Cour de Cassation s'est à nouveau manifestée.

On admettait, jadis, que la délimitation autorisée par le décret de 1852 était impérative au même titre que la fixation de la largeur et de la direction des routes par les plans d'alignement. Quand l'alignement légalement établi avait pour effet de priver un particulier d'une portion de sa propriété, l'autorité

judiciaire pouvait, en raison de l'expropriation indirecte qui était imposée, constater l'empiétement et arbitrer le dommage.

Le Conseil d'État et la Cour de Cassation appliquèrent jadis ces solutions aux rivages de la mer et aux rives des cours d'eau ; si les particuliers parvenaient à prouver qu'un écart existait entre la limite naturelle et la délimitation administrative, d'un commun accord on admettait un droit à réparation. Mais l'accord dura peu.

En 1860 le Conseil d'État s'avisa que l'Administration se voyait par cette jurisprudence gratifiée d'un droit qu'elle n'avait pas. Son seul pouvoir est de reconnaître où la mer, où le fleuve finissent ; elle constate, elle ne fixe pas. De là il résulte que le décret pouvait non seulement être attaqué pour excès de pouvoir, mais aussi par voie contentieuse, devant la seule juridiction administrative. Si donc le recours est rejeté la délimitation sera réputée conforme aux limites naturelles. Dès lors, conclut M. Berthelemy (1) « de deux choses l'une : ou bien la délimitation administrative est tenue pour exacte et il ne saurait, sans contradiction de l'acte administratif, être jugé qu'il empiète sur la propriété privée ; ou bien il y a réellement empiétement sur la propriété ; mais alors c'est que la délimitation est inexacte, et son inexactitude ne peut être déclarée que par le Conseil d'État ».

1. Berthelemy, *Traité élémentaire de droit admin.* 4^e édi. p. 475.

Voilà la théorie formelle soutenue par le Conseil, qui ne conçoit même pas qu'une demande en indemnité soit possible quand l'acte administratif est régulier (1). Il est permis de s'étonner de voir une telle rigueur dans les décisions d'un tribunal qui nous avait habitués à plus de souplesse. Il y a plus : la juridiction administrative qui, plus souvent que la Cour de Cassation, juge en fait, se refusa ici à tenir compte d'une situation de fait qui mérite cependant de retenir l'attention. Entre deux décrets de délimitation du domaine public fluvial et maritime ou à plus forte raison en l'absence de toute délimitation, la limite naturelle a pu varier ; les eaux notamment ont pu gagner sur la terre ferme. Dès lors quelle que soit la régularité de la constatation nouvelle, il n'en reste pas moins qu'une parcelle de terrain précédemment soumise en fait, sinon en droit, à la propriété où à la possession privée va être incorporée au domaine public. Comment trancher ce conflit de deux domaines, né du fait des choses ? Suffira-t-il du raisonnement formel de la jurisprudence administrative ? Ce terrain, affirme-t-elle, n'est plus susceptible de propriété. Mais il l'a été aux yeux de tous, avant que l'État ne s'avise de l'incorporer au domaine public. Il y aurait, semble-t-il, une injustice à dépouiller sans compensation le propriétaire apparent. La Cour de Cassation, appuyée par le Tribunal des Conflits (2),

1. Cons. d'État. Affaire Ozanneau. S. 72. 2. 317.

2. Confl. Affaire Paris-Labrosse, 11 juin 1873. S. 73. 2. 25.

s'est refusée à la sanctionner. Les rôles sont étrangement intervertis en cette matière ; c'est la Cour qui nous apparaît comme la plus sensible à l'équité et aux situations de fait ; c'est au contraire le Conseil qui se cantonne dans un raisonnement strict et formel.

Le recours admis par les tribunaux judiciaires tend, comme de juste, non pas à faire rectifier la limite, mais seulement à faire constater l'empiètement. Si, en fait, la partie de terrain incorporée au rivage de la mer ou aux berges du fleuve a été prise sur un immeuble considéré jusqu'alors comme propriété privée, la Cour estime qu'une indemnité de dépossession est due. C'est la solution donnée dans les célèbres affaires Paris-Labrosse (11 juin 1873) et Guillé (1^{er} mars 1873), et dont la Cour ne s'est pas départie depuis quarante ans. Pour justifier en droit ces solutions, il est impossible de recourir à des raisonnements stricts et simples comme ceux du Conseil. Mais au moins pourront-elles s'appuyer sur des considérations juridiques puisées dans le droit public ?

M. Laferrière (1) et avec lui M. Chavegrin (2) l'ont cru. Ils ont fondé leur argumentation sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur l'indépendance de chacun d'eux. La fonction de l'administration consiste uniquement à tracer la limite actuelle du domaine public sans se préoccuper du terrain situé

1. Laferrière, *op cit.* 2^e édi., t. I, p. 551.

2. Chavegrin, *Cours sur le régime des eaux*, 1891-1892.

au delà. Le pouvoir judiciaire seul fixe les limites de la propriété privée dont il est gardien. Chaque pouvoir agit donc dans sa sphère propre sans s'inquiéter des actes de l'autre. Si ces raisons peuvent valoir en ce qui concerne la détermination des compétences, pour le fond elles sont insuffisantes, et M. Hauriou en a démontré la faiblesse. L'autorité judiciaire n'est pas seulement, a-t-il écrit, gardienne de la propriété privée mais de toutes les libertés individuelles. Or, il n'est pas d'acte de puissance publique qui n'en lèse quelque une. En poussant à ses dernières conséquences la thèse de M. Laferrière, il faudrait admettre un droit universel à indemnité contre tout acte administratif, quel qu'il soit. Ce serait un danger injustifiable.

Avec plus d'apparence de raison on a soutenu que la réserve des droits des tiers explicitement faite par le décret de 1852 justifiait l'intervention judiciaire. C'est la théorie du tribunal des conflits : l'arrêt Paris-Labrosse s'exprime ainsi : « Considérant que les tiers dont les droits sont réservés peuvent se pourvoir soit devant l'autorité administrative pour faire rectifier la délimitation..., soit devant le Conseil d'État à l'effet d'obtenir l'annulation pour cause d'excès de pouvoir... mais qu'il appartient à l'autorité judiciaire lorsqu'elle est saisie de demandes en indemnité formées par un particulier qui soutient que sa propriété a été englobée dans le domaine public... de reconnaître le droit de propriété invoqué devant elle et de régler s'il y a lieu une indemnité de déposses-

sion ». Faire reposer toute une argumentation sur la si précaire réserve des droits des tiers était un peu osé, et constituait aussi — M. Berthélemy l'a démontré de façon péremptoire (1) — une méconnaissance de la législation sur le domaine public. Pour que cette théorie fût admissible il aurait fallu qu'en aucun cas les particuliers ne pussent invoquer de véritables droits à l'encontre du domaine public. « Or voici quatre hypothèses au moins où la constatation régulière des limites du domaine public n'empêche pas les tiers d'avoir sur ce domaine des droits dont le respect doit être réservé : on peut supposer qu'il s'agit de concessions de droits antérieures à 1566 puisque l'inaliénabilité du domaine n'existe que depuis cette époque ; — on peut supposer encore qu'il s'agit d'une vente de biens nationaux, puisque les lois de la Révolution ont validé ces ventes, même à l'encontre du domaine public ; on peut supposer que la limite constatée a été produite artificiellement, auquel cas on ne saurait en la constatant frapper de déchéance le droit des tiers à être indemnisés des dommages que leur causent les travaux accomplis ; on peut supposer enfin que les riverains ont acquis des droits sur la rivière avant qu'elle ait été navigable ; la délimitation après déclaration de navigabilité ne leur enlèvera pas ces droits. »

Nous ne voulons pas insister sur l'explication tirée de la notion d'expropriation indirecte qui ne saurait

1. Berthélemy, *op. cit.*, p. 477 et 478.

être admise que si la délimitation du domaine fluvial et maritime avait un caractère attributif, ce qui n'est pas.

Si donc le droit public ou le texte des lois administratives ne suffisent pas à rendre compte de la jurisprudence judiciaire, ne pourrions-nous, comme en matière de responsabilité, demander au droit privé la solution juridique de la difficulté (1).

C'est sur le terrain de la propriété civile et du respect qui lui est dû que nous devons nous placer. On sait que, en général, à tort ou à raison, les tribunaux judiciaires ont la vénération, pour ne pas dire la superstition, de cette institution, base de notre droit privé. Ils n'ont jamais consenti à se départir de ce respect sauf en présence d'un texte. Sur la question de la délimitation ils ne paraissent pas s'être embarrassés de systèmes généraux, ils se sont attachés à garantir et à sauvegarder la propriété, voilà tout. Mais comment peut-on dire que là où il y a domaine public naturel il peut y avoir aussi propriété privée ? C'est ici que nous voyons repaître les principes du droit privé. D'abord, et malgré les constructions théoriques qui présentent le domaine public comme non susceptible de propriété, et qui font de l'administration une sorte de surintendant et non un propriétaire, la Cour de cassation a maintenu le point de vue civil : il existe des *res nul-*

1. M. Sanlaville paraît avoir entrevu cette explication. Voir : *De la Délimitation des fleuves et rivières navigables* (Rev. gén. d'administration, 1899, 3, p. 388 et suiv.)

lius, et des choses appropriées ; aucune autre catégorie intermédiaire ne saurait être envisagée. Elle a affirmé sa conception récemment encore en des termes formels, et proclamé notamment la propriété des communes sur les chemins vicinaux :

Attendu, porte un arrêt du 11 juillet 1892, qu'une telle action avait sa base dans les dispositions du droit civil, étant fondée sur l'atteinte portée à la propriété immobilière de la commune demanderesse... ; qu'il n'importe pas qu'il s'agisse de chemins vicinaux ou de chemins ruraux, la commune demanderesse n'en ayant pas moins sur ces chemins tous les droits attachés à la propriété foncière (1).

Ce droit de propriété est tellement semblable au droit de propriété privée que la Cour n'a jamais hésité à lui en appliquer le régime exact, notamment à considérer que les alluvions d'un cours d'eau déposées le long d'une route nationale ou départementale, d'un chemin vicinal ou d'une voie ferrée profitent au domaine par application de l'article 556 du Code civil. (2).

Lorsque donc la question se pose d'arbitrer le dommage causé par un décret de délimitation, le conflit s'établit entre deux propriétés de même ordre dont l'une se grossit aux dépens de l'autre. Or on sait quel prix le Code et la jurisprudence attachent à

1. Cass., 11 juillet 1892. *Rev. gén. d'administration*, 1892, t.III, p. 445.

2. Cass., 12 décembre 1832. S.33. I. 35. — 16 fév. 1836. S.36. I. 405. — 9 décembre 1895.

la possession avec juste titre et bonne foi (art. 550, 2265). La possession du particulier exproprié par l'acte de délimitation, même conforme à l'état naturel des choses, mais différent d'un état antérieur, présente sans aucun doute les deux caractères requis : le juste titre, puisqu'il faudra justifier de l'origine de sa propriété pour avoir chance de triompher dans l'action, et la bonne foi qui, outre qu'elle se présume (art. 2268), est rendue plus évidente par l'absence de fixation antérieure de limite, ou par la modification constatée par le nouveau décret dans le mouvement naturel des eaux. C'est à cette propriété que la Cour réserve ses sympathies, et c'est elle qu'elle protégera contre les prétentions de la propriété collective envahissante. En résumé pour la Cour il ne s'agit plus comme pour le Conseil d'État d'une substitution d'un droit *sui generis* à un droit de propriété, substitution causée par un phénomène extérieur à la volonté humaine, mais bien d'un transfert de propriétés qui ne saurait s'opérer sans indemnité. En cette matière aussi la Cour s'en tient aux solutions du Code civil en l'absence de disposition légale définissant la situation au point de vue du droit public, tandis que le Conseil d'État fait du droit prétorien. Et il n'apparaît pas encore ici que les solutions du droit civil ne soient pas plus favorables aux particuliers que la logique et les constructions de la jurisprudence administrative.

B. — *Absence de dispositions légales*
Absence de tout principe de droit privé

Le droit administratif ne présente peut-être pas de développement plus original et plus instructif que le recours pour excès de pouvoir. Quelle que soit la juridiction chargée d'en connaître, juridiction répressive, ou juridiction administrative, ce recours n'a trouvé dans les textes pour ainsi dire aucun point d'appui, et tout au plus une confirmation tardive, laconique et imprécise. Ce n'est qu'en 1832 que l'article 471 § 15 ajouté au Code pénal visa les « règlements légalement faits par l'autorité administrative » et en 1872 seulement que le Conseil d'État, jusque-là investi de pouvoirs très vagues par la loi des 7-14 octobre 1790 sur les « réclamations d'incompétence », se vit concéder le pouvoir de « statuer souverainement sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ». Ces confirmations ne portent que sur l'institution elle-même, sans que les textes soient entrés dans le détail des conditions de recevabilité et d'admission. Toute l'œuvre est donc d'ordre jurisprudentiel. C'est là l'originalité du recours. Aussi les méthodes de chaque juridiction ont-elles pu s'y marquer avec une netteté toute particulière, et que nous nous efforcerons de préciser, surtout à l'occasion du dernier grief admis par la

jurisprudence, le détournement de pouvoir qui forme en quelque sorte le couronnement de l'édifice.

Examinons d'abord le point de départ et l'évolution du recours. Peu d'institutions ont été plus universellement approuvées -- dans leurs effets -- que le recours pour excès de pouvoir. Et en vérité cet enthousiasme est légitime, car il n'existe plus d'acte qui échappe à son contrôle, plus d'illégalité qui ne puisse être écartée grâce à lui. En effet, après avoir prononcé l'annulation des actes entachés d'un vice d'incompétence, d'inobservation des formes, de violation de la loi, le Conseil d'État a poussé plus loin encore sa recherche des griefs constitutifs d'excès de pouvoir. L'esprit de la loi lui a semblé valoir la lettre ; une violation des intentions du législateur et du but de la loi, lui a paru aussi grave que les accrocs au texte. C'est pour les atteindre et contrôler ainsi les actes discrétionnaires que le Conseil créa sa théorie nouvelle et hardie du détournement de pouvoir (1) qui comprima les excès nés de la toute puissance administrative.

C'est du moins ainsi que nous concevons le développement du recours pour excès de pouvoir. Le détournement de pouvoir nous semble avoir une existence très distincte des trois autres griefs, et ne se rattacher à eux que par leur commune origine qu'il y a lieu de rechercher dans les tendances prétoriennes du Conseil. Il n'est pas une anomalie, ni un

1. Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. II, p. 402-412.

fait isolé : il est le couronnement de l'œuvre entreprise dans tout le droit public par les tribunaux administratifs, l'aboutissant de leurs méthodes d'interprétation, la meilleure expression de leur souci de trancher en équité les difficultés dont la loi publique ne s'est pas préoccupée. Nous sommes ainsi d'accord avec l'opinion couramment enseignée. M. Artur au contraire critique cette théorie (1). Pour lui le détournement de pouvoir n'est qu'une espèce de violation de la loi ; le développement historique du recours n'aurait porté que sur des questions extérieures de dénomination et de classification, laissant le fond des choses identique à lui-même. La notion de détournement de pouvoir selon M. Artur impliquerait la notion de violation de la loi et des droits acquis. Si l'opinion commune y voit un développement de jurisprudence ce serait pour cette raison simple que cette catégorie de recours fut rare au début, bien que toutefois l'on puisse, affirme M. Artur, en trouver quelques exemples dans la jurisprudence primitive, et ne devint fréquente que fort tardivement, lorsque le Conseil eut achevé son long travail de classification et de clarification : c'est alors que l'on vit paraître ensemble, et par conséquent identiques, les deux recours pour violation de la loi et pour détournement de pouvoir.

Sans insister sur ce point que l'éclosion tardive et

1. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*. (Rev. du Dr. public, 1903. t. XX, p. 423 et s.).

simultanée de ces deux griefs n'impliquerait pas identité entre eux, il faut remarquer que cet historique *a priori*, fort ingénieusement conçu, ne rend nullement compte des faits. Il donne trop manifestement l'impression d'être édifié pour la démonstration d'une idée préconçue. Il méconnaît la vraie évolution du recours pour violation de la loi. Laferrière (1) a mis en lumière que de tout temps le Conseil d'État a admis dans une mesure plus ou moins large que les actes administratifs illégaux et portant atteinte à des droits acquis pouvaient être attaqués par la voie contentieuse, et que l'œuvre a consisté non pas à créer un recours pour violation de la loi, mais à le faire rentrer dans les cadres de l'excès de pouvoir. Donc les deux griefs de violation de la loi et de détournement de pouvoir ne sont pas nés ensemble, et ne peuvent historiquement être ramenés l'un à l'autre. Il convient enfin de remarquer que la violation de la loi comme grief d'excès de pouvoir précède de plusieurs années l'admission de l'idée de détournement de pouvoir (2).

L'argumentation théorique de M. Artur ne nous paraît pas davantage admissible. Elle est à la fois trop subtile et trop grosse. Son analyse du détournement de pouvoir ne rend pas compte du phénomène. M. Artur écrit : « Le détournement de

1. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 409 et 532.

2. Conseil d'État, 19 mai 1858. D. 59.3. 51. — 30 juin 1859. D. 60.3. 21.

pouvoir consiste en ce que l'administrateur a usé de son pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel on le lui a confié » : C'est la définition traditionnelle ; mais il ajoute « Il s'agit d'un pouvoir circonscrit, limité par la loi à des circonstances ou à des objets déterminés. Si l'administrateur sort de ces limites, des objets qu'on lui a imposés, il commet un excès de pouvoir. » C'est là où nous ne retrouvons plus la notion de détournement de pouvoir. Celle-ci ne se conçoit que à l'égard d'actes discrétionnaires, sans limitation légale. La recherche du but visé par l'administrateur est quelque chose de fort différent de l'appréciation de la stricte légalité. Laferrière nous paraît avoir justement enseigné que « le contrôle du Conseil d'État (statuant sur le détournement de pouvoir) ne peut s'exercer sur des questions de violation ou de fausse application de la loi, puisque les actes discrétionnaires ne sont pas réglés d'avance par des prescriptions légales et qu'ils relèvent de la libre appréciation de leurs auteurs (1) ». En résumé il nous semble, d'accord avec M. Ebren (2) que la notion de détournement de pouvoir contient deux éléments, l'un négatif, à savoir l'absence d'incompétence, de vice de forme, de violation de la loi — l'autre positif, à savoir une intention autre que celle que le législateur avait en vue quand il a conféré à l'administration son pouvoir de décision.

1. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 411.

2. Ebren, *de l'Excès de pouvoir*. Thèse-Lyon, 1901, p. 39.

Les exemples relevés par M. Artur et affirmés contradictoires avec cette théorie ne nous ont pas convaincu. Il cite en 1807-1810 et 1822 trois arrêts (Negro, Coulombeau, Laroque) où l'on trouve juxtaposés la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Mais il faut remarquer qu'il est si vrai que ces deux notions ne se ramènent pas à une seule que les arrêts en question les ont nettement séparés en ne retenant que la violation de la loi. M. Artur doit l'avouer, montrant qu'au temps où la violation de la loi était déjà un grief bien établi, le détournement de pouvoir pouvait à peine être invoqué comme circonstance aggravante.

D'ailleurs le détournement de pouvoir n'a pas besoin d'être rattaché à une institution préexistante pour se justifier, il s'explique par la seule méthode d'interprétation du Conseil, dont l'activité n'a jamais eu besoin de base législative pour s'exercer. Quelques exemples préciseront ces diverses considérations.

Le premier cas où la jurisprudence paraît avoir distingué et explicitement reconnu le détournement de pouvoir remonte au 19 juin 1863 (1). Il s'agissait d'un préfet qui avait usé des droits lui appartenant sur les cours d'eau non pour satisfaire l'intérêt général mais pour trancher une contestation entre particuliers. Mais il y avait encore là un mélange d'incompétence et de détournement de pouvoir qui rend l'affaire douteuse. Le Conseil d'État ne s'arrêta

1. D. 65. 3. 19.

pas dans cette voie, et alors même que le principe de la séparation des pouvoirs n'était pas menacé il ne s'est pas cru libéré de sa mission après avoir vérifié la forme et l'apparence des actes administratifs. Il s'appliqua à apprécier le fond même et à saisir l'intention de l'auteur. Ainsi il annula des actes qui sous prétexte de voirie portaient atteinte aux droits des entrepreneurs de transport au profit de quelques concurrents privilégiés (1), puis des arrêtés de police ayant pour seul objet de protéger les intérêts pécuniaires des départements (2), des communes (3) ou de l'État (4).

Une espèce particulière touchant les fabriques d'allumettes mit franchement en présence et en contradiction le Conseil d'État et la Cour de cassation sur la même question, et chacune de ces juridictions émit l'opinion que dès maintenant nous pourrions prévoir en nous appuyant sur les principes dégagés au cours des chapitres précédents.

Une loi du 2 août 1872 établit au profit de l'État le monopole de la fabrication des allumettes, et prescrivit en conséquence la fermeture des usines privées. Or il se trouvait que ces usines constituaient des établissements dangereux, insalubres et incommodes dont l'ouverture était subordonnée à l'autorisation

1. Cons. d'État, 25 fév. 1864. D. 64. 3. 25. — 7 juin 1865. D. 66. 3. 29.

2. Cons. d'État, 19 mars 1868. D. 73. 3. 91.

3. Cons. d'État, 20 déc. 1872 et 21 mars 1873. D. 73. 3. 45 et 91.

4. Cons. d'État, 14 nov. 1873. D. 74. 2. 77.

préfecturale. En fait, plusieurs avaient été créées sans permission. Le gouvernement, pour éviter le paiement d'indemnités d'expropriation, songea à se servir de l'arme que les lois lui donnaient contre les fabricants. Par une circulaire, le ministre des Finances prescrivit aux préfets de faire procéder à la fermeture par mesure administrative des usines non autorisées. Ainsi fut fait en plusieurs endroits. Les sieurs Pariset et Laumonnier-Carriol en 1875 déférèrent les arrêtés qui les lésaient à l'appréciation du Conseil d'État en invoquant contre eux le grief d'excès de pouvoir. Le Conseil d'État leur donna raison avec une précision et une fermeté qui font de son arrêt l'exemple type cité par tous les auteurs traitant du détournement de pouvoir. Bien plus, sa formule même a servi plus tard (tout récemment) à la Cour de cassation qui en a adopté les termes textuels :

Considérant (1) qu'il est établi par l'instruction que le préfet en ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes du..... en vertu des pouvoirs de police qu'il tenait des lois et règlements sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres n'a pas eu pour but les intérêts que ces lois et règlements ont en vue de garantir, qu'il a agi en exécution d'instructions émanées du ministre des Finances à la suite de la loi du 2 août 1872 et dans l'intérêt d'un service financier de l'État ; *qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui*

1. Cons. d'État, 26 nov. 1875. D. 76. 3. 41.

R. Duquesnel

appartiennent, pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés...

Ce langage peut-il prêter à équivoque pour tout esprit non systématique ? Faut-il chercher une formule plus claire pour démontrer que ce n'est à aucun point de vue la loi qui est violée, ni la loi de 1872, ni les règlements sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres ? La violation de la loi ne peut exister que quant au texte même. Avoir seulement l'idée de rechercher quelle a pu être l'intention du législateur quand il a édicté ses prescriptions, c'est déjà franchir le cercle étroit de la simple violation de la loi. C'est faire une œuvre prétorienne, c'est ajouter un élément aux règles à appliquer, c'est faire preuve d'une activité qui ne semble pas *a priori* appartenir au juge. *Ejus est interpretari legem cujus est condere*, dit l'adage. C'eût été à rigoureusement raisonner une question que seul le législateur aurait dû résoudre : lui seul aurait dû pouvoir fixer le but qu'il assignait à l'activité de l'administrateur. Le Conseil d'État ne s'est pas arrêté à son silence ; il y a suppléé selon sa logique propre et son esprit d'équité. En raison du chaos de nos lois administratives et de la pauvreté de leurs solutions, on doit certes le louer, mais ne pas essayer de justifier au nom de la loi ce qui n'y est même pas effleuré. Il nous semble ici que M. Artur, qui reproche à M. Laferrière de n'avoir pas admis en matière d'excès de pouvoir qu'un développement juridique

puisse être d'origine purement coutumière, encourt ici le même reproche de systématisation à outrance, et de méconnaissance des méthodes extrêmement hardies du Conseil d'État.

Bien plus, le même M. Artur prétend prouver que « l'idée même de détournement de pouvoir n'est pas une création du Conseil d'État » et qu'on en trouve des applications aussi nombreuses dans la jurisprudence judiciaire que dans la jurisprudence administrative. Il voit même dans cette circonstance la preuve que le détournement n'est qu'une variété de violation de la loi, la Cour de cassation faisant preuve en général d'une moindre liberté d'appréciation que le Conseil et ayant « du premier coup reconnu et réprimé cette forme prétendue si insaisissable d'excès de pouvoir » (1).

Pour appuyer son opinion, M. Artur analyse les espèces suivantes qui ont donné lieu à des arrêts de la Cour de cassation à des dates fort reculées, alors que le Conseil d'État ignorait le détournement de pouvoir : un administrateur interdit de travailler le dimanche au mépris de la liberté du commerce et de l'industrie ; ou ordonne à tous les habitants d'une commune de tendre leurs maisons sur le passage d'une procession au mépris du droit qu'ont tous les citoyens de ne pas le faire en raison de la liberté de conscience (2) ; ou prescrit de pavoiser pour la fête

1. Artur, article cité, p. 468.

2. Cass., 20 nov. 1818. Roman. — Cass. Ch. réun., 26 nov. 1819. Roman, D. *Rép.*, V^o Culte, n^o 66.

nationale au mépris de la liberté civile, politique et individuelle (1); un règlement municipal porte que les laboureurs ou propriétaires ne pourront enlever leur chaume ou en disposer que jusqu'à concurrence de 8 arpents par chaque charrue, le surplus demeurant réservé aux pauvres (2); une ordonnance du 11 juin 1816 sous prétexte d'interpréter la loi du 5 décembre 1814 autorise en faveur des émigrés la dépossession de biens nationaux affectés même définitivement aux hospices; l'autorité municipale qui a sans conteste le droit de surveiller le débit et la salubrité des comestibles exposés en vente fait payer cette surveillance par ceux qui y sont soumis (3); un arrêté interdit à toute personne d'exercer les fonctions de porteur de billets, cartes ou annonces, constituant un monopole de fait en faveur des agents de la municipalité (4); un arrêté établit un monopole de fait en faveur d'une entreprise privée (5); un maire défend aux marchands et colporteurs non domiciliés dans la commune d'y étaler et vendre leurs marchandises sauf en temps de foire (6).

M. Artur soutient que chacune de ces hypothèses contient un détournement de pouvoir : l'adminis-

1. Cass., 27 janvier 1824. S. 1825. I. 174.

2. Cass., 29 thermidor, an IX, 17 août 1801. D. Rép., V^o Commune, 684.

3. Cass., 12 février 1825. D. Rép., V^o Commune, n^o 1246.

4. Cass., 1^{er} avril 1826. D. Rép., V^o Commune, n^o 676.

5. Cass., 18 sept. 1828. D. Rép., V^o Commune, n^o 693.

6. Cass., 22 déc. 1838. D. Rép., V^o Commune, n^o 700.

trateur sort de ses fonctions en imposant soit ses idées, soit ses caprices, soit ses passions, soit la charité, soit l'intérêt de certains particuliers, soit l'intérêt financier d'une personne morale, soit un monopole plus ou moins étendu. Il est certain qu'une semblable analyse fait honneur à l'ingéniosité de son auteur. Mais elle ne vient qu'à l'appui d'un sophisme et d'une théorie préconçue. En effet, aucun des arrêts ci-dessus rapportés n'invoque le vice de détournement de pouvoir. M. Artur le reconnaît. Chacun d'eux condamne la mesure pour violation d'une loi ou d'un principe de droit : liberté de commerce, liberté de conscience, liberté politique, loi sur la police rurale de 1791, loi du 5 décembre 1814, loi qui n'autorise à lever d'autres contributions que celles imposées par le parlement, loi sur la police municipale. Il y a quelque peu de parti pris à forcer ainsi l'opinion de la Cour. Elle a condamné pour un motif précis et pour une cause déterminée ; si à l'analyse M. Artur découvre en outre dans les arrêts les éléments d'un détournement de pouvoir, il ne saurait le mettre au compte d'une jurisprudence qui ne les a jamais mentionnés. Et d'ailleurs y a-t-il détournement de pouvoir dans toutes ces hypothèses ? Bien loin de là ; toutes les espèces citées montrent un administrateur statuant en violation des pouvoirs qui lui sont conférés, mais non pas contrairement à l'esprit de la loi. Pour qu'il y ait détournement de pouvoir il faut qu'aucun grief de violation du texte de la loi ou d'un prin-

cipe de droit ne puisse être relevé ; il faut que l'administrateur ait agi dans la plénitude de ses pouvoirs, mais qu'une analyse subjective des intentions du législateur révèle qu'il n'a pas atteint le but vers lequel il devait tendre. Il n'en est ainsi dans aucune des hypothèses relevées par M. Artur.

De plus, dans l'hypothèse de 1872 (fabriques d'allumettes) — bien plus récente — où la notion de détournement de pouvoir était bien caractérisée aux yeux du Conseil d'État, la Cour de cassation en présence de la même situation s'est refusée à adhérer à la théorie du Conseil et a rejeté l'exception d'illégalité invoquée contre les arrêts de fermeture. Si M. Artur avait raison, l'arrêt du 6 mars 1875 ne s'expliquerait plus : pourquoi la Cour aurait-elle rejeté sa théorie ancienne précisément dans le cas où elle est la plus caractérisée ?

Attendu, dit l'arrêt (1), que le juge de police n'a pas lui-même décidé que la fabrique était illégalement exploitée, qu'il s'en est référé à l'arrêté préfectoral qui avait fait cette déclaration ; que les moyens à l'aide desquels le prévenu la critiquait ne pouvaient être déférés à l'appréciation du tribunal répressif.

La Cour estimait donc que le préfet avait agi dans la plénitude des pouvoirs à lui conférés par le décret du 25 mars 1852, et que son arrêté était parfaitement légal. Pourtant il n'y a pas de cas où la

1. Cass., 6 mars 1875. D. 75. I. 495.

préoccupation de l'intérêt pécuniaire de l'État apparaisse aussi nettement que dans cette espèce. Comment pouvait-il se faire que la Cour se fut laissée à ce point aveugler ?

En réalité, et jusqu'à ces toutes dernières années, la Cour de cassation, même si elle l'a aperçu, n'a jamais reconnu le grief de détournement de pouvoir. L'analyse subjective qu'il suppose était en trop grande contradiction avec sa méthode d'interprétation rigoureuse. Où elle ne trouvait aucun texte pour s'appuyer, aucun principe de droit incontesté, la Cour s'avouait vaincue : elle refusait de statuer. Sa formule se trouve toute entière, et n'a été détruite que tout récemment sous l'empire de considérations nouvelles, dans son arrêt du 1^{er} juillet 1869 (1), où elle déclarait qu'un règlement municipal ne saurait être considéré comme illégal et contraire à la liberté de l'industrie par cela seul que visant un traité conclu avec une entreprise de transport, il contiendrait des dispositions défavorables aux autres entreprises, si ces dispositions rentrent parmi les mesures que le maire est chargé de prendre pour assurer la sûreté et la commodité de la circulation dans les voies publiques, et si elles sont indiquées comme prises en exécution des lois générales de police. Le principe de la Cour suprême — nous revenons ainsi aux conclusions du chapitre I^{er} — est donc que l'arrêté, lorsque sa légalité est en jeu, se suffit

1. Cass., 1^{er} juillet 1869. D. 69. 1. 312.

à lui-même indépendamment de toutes conditions extérieures, alors qu'au contraire le Conseil d'État en scrute l'esprit pour découvrir le but sous l'apparence.

A nous en tenir là nous pourrions conclure avec M. Nézard (1) que « à la différence du recours direct, la voie d'exception ne saurait se fonder sur le détournement de pouvoir, au moins quand elle est invoquée devant un tribunal judiciaire. Cette ouverture en effet dépasse le point de vue de légalité stricte et il serait difficile à un tribunal judiciaire d'apprécier les motifs d'un acte administratif sans porter atteinte à la séparation des autorités ». Nous aurons l'occasion d'examiner si à ce point de vue l'évolution toute récente ne nous conduit pas à modifier nos conclusions ; mais nous y reconnaitrons l'influence d'un principe extérieur qui ne saurait trouver place en ce moment. Nous ne pouvons que constater l'unité qui caractérise les décisions des deux juridictions suprêmes. Que la loi ait statué, qu'aucun texte ne définisse telle ou telle situation juridique, en face du problème chaque ordre de juridiction a adopté une attitude bien ferme, dont il nous reste à examiner les caractères et la raison d'être.

1. Nézard, *le Contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, p. 75.

CHAPITRE III

CARACTÈRES ET ÉVOLUTION DES JURISPRUDENCES DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA COUR DE CASSATION

Il est très hasardeux en matière de jurisprudence de conclure de façon ferme et précise. La jurisprudence n'est pas comme la loi un tout immuable; elle vit et se modifie. Elle n'est pas dénuée de contradictions; les appréciations qu'on formule à son égard doivent être suffisamment larges pour éviter l'erreur. Toutefois il convient de ne pas tomber dans l'excès contraire, et de ne pas se borner à des caractéristiques vagues et sans aucune signification. Il est de tradition de qualifier les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation en s'inspirant soit de leur plus ou moins grand libéralisme, soit de leurs tendances plus ou moins progressives. On dit par exemple couramment — et M. Jacquelin résume ainsi cette opinion (1) — que si la juridiction administrative doit être maintenue ce n'est pas parce qu'elle est nécessaire pour que l'administration ne soit pas entravée, c'est parce qu'au contraire elle

1. Jacquelin, *la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 405 et suiv.

constitue pour l'individu une précieuse garantie qu'il ne rencontrerait nulle part ailleurs. « Ce serait, dit aussi M. Daresté (1), faire fausse route que d'attaquer au nom des principes libéraux la justice administrative... Sa mission n'est pas d'éluder mais d'appliquer le droit. Elle contrôle l'administration bien plus qu'elle ne la sert. » On cite à l'appui de cette opinion — trop absolue à ce qu'il nous semble — la bienveillance manifestée à l'égard des contraventions de grande voirie par le Conseil d'État. Mais il y a là un argument « bien dangereux à invoquer ; en effet, c'est en quelque sorte une arme à deux tranchants qui peut être également maniée dans les deux sens (2) ». Ce n'est pas son plus ou moins grand libéralisme qui devrait servir à caractériser une jurisprudence, mais bien plutôt sa plus ou moins grande conformité à la loi. On ne fournit donc en définitive qu'une appréciation purement extérieure et sans portée, à laquelle nous ne saurions nous arrêter.

On a dit aussi (3) « les solutions administratives ne diffèrent pas essentiellement des solutions judiciaires. Elles sont pourtant beaucoup plus progressistes ». Bien moins critiquable que la précédente, cette opinion serre de plus près la question. Oui certes, il apparaît que le Conseil d'État se montre plus hardi que la Cour ; c'est lui qui trace la voie que

1. Daresté, *la Justice administrative*, n° 12, p. 685 et 686.

2. Jacquelin, *loc. cit.*

3. Cartault, *de l'Excès de pouvoir*. Thèse de 1911.

les tribunaux civils ne suivent qu'avec une extrême prudence. Mais il y a là seulement un effet duquel il convient de remonter à la cause plus générale. Nous avons vu dans l'interprétation des lois l'autorité judiciaire animée d'un respect quelquefois exagéré des textes, tantôt favorable, tantôt défavorable aux intérêts individuels suivant que les dispositions légales étaient elles-mêmes douces ou sévères, sans théorie préconçue, préférant même laisser une loi sans sanction et se refusant à créer une garantie supplémentaire si les textes ne lui fournissent aucun point d'appui. Nous sentons la Cour se défier de son propre sentiment, et souvent — car les solutions neuves du Conseil d'État lui étaient connues — sacrifier l'équité au droit, la justice à la loi. Son œuvre a toute l'impassibilité et la rigidité d'une œuvre objective. La subjectivité du Conseil d'État, au contraire, ne fait de doute pour presque aucun auteur. Bien que M. Artur ait écrit que le Conseil d'État examine la question de droit soulevée, qu'il donne une solution à l'aide de « raisons de droit » bonnes ou mauvaises, mais produites comme raisons de droit, radicalement différentes des raisons propres de l'administrateur, qui sont empruntées à un autre ordre d'idées, savoir l'intérêt général, l'opportunité, les convenances, l'équité, nous avons trop vu le Conseil créer du droit prétorien, mettre la marque de son esprit dans la solution des conflits d'intérêts, pour nous rallier à ce système. La juridiction administrative juge comme

l'administration gouverne, en partant des faits (1), en envisageant leur valeur et leur répercussion, en les qualifiant au besoin comme il lui semble le plus équitable en l'absence de tout cadre légal, en donnant aux particuliers pour des motifs de justice très élevés des garanties contre tout acte dommageable quand il est illégal, ou simplement d'intentions douteuses ; en se faisant, en un mot, comme a dit un auteur « la

1. L'espèce suivante, en opposant la manière de la Cour et celle du Conseil, éclairera et justifiera ce point de vue : il appartient sans conteste aux maires en vertu des pouvoirs à eux conférés par les articles 91 et 97 de la loi du 5 avril 1884 pour le maintien de l'ordre et de la tranquillité publique de décider qu'aucune société musicale ne pourrait sortir et jouer sur la voie publique sans autorisation préalable. Or, la commune d'Ivuy (Nord) était régie par un arrêté de cette nature et le maire, par décision spéciale, en avait fait application à une des sociétés de la ville « la Fraternelle », en lui refusant une autorisation qu'elle demandait. Le Conseil d'État annula cette décision comme entachée d'excès de pouvoir, non pas que l'arrêté général fût illégal, mais parce que le dossier établissait que si l'autorisation avait été refusée à la Fraternelle, c'était pour des raisons étrangères à l'ordre public et pour des motifs purement politiques dictés par les divergences d'opinions de la municipalité et du chef de la société (Cons. d'État, 29 décembre 1905. Lebon, 1905, p. 1009). L'arrêt affirme, en propres termes, que la seule considération de fait — il n'y a rien de droit dans ses considérants — a dicté la décision du Conseil.

Or, par un arrêt du 12 décembre 1908 (Sirey, 1909. 1. 61.), la Cour de cassation s'est refusée à s'inspirer des circonstances de la cause et a statué en droit comme suit : « Attendu que G... (le chef de musique) a été relaxé (de la poursuite pour contravention) par ce motif que précédemment, à 4 reprises différentes, le maire aurait opposé à ses demandes d'autorisation des refus systématiques et non motivés, et que si l'arrêté était légal à son origine, il était devenu illégal par la manière dont il était appliqué ; mais attendu que l'usage même abusif et vexatoire d'un arrêté n'autorisait pas les parties lésées à l'enfreindre ; Casse.

haute conscience de l'administration française » (1). Qui dit conscience dit subjectivité, qui dit droit prétorien dit substitution au régime légal d'un esprit d'équité et d'appréciations personnelles. C'est cette opposition des méthodes subjective et objective qui, pour nous, caractérise l'antagonisme des deux ordres de juridiction. Que l'on prenne garde qu'il ne s'agit pas là seulement de discussions d'école ; la persévérance de la Cour comme du Conseil à maintenir intact leur bloc jurisprudentiel témoigne de tendances fermes dont il n'est pas vain de tenter la psychologie.

Et en vérité l'examen des origines et des raisons d'être de chacune des juridictions pouvait et devait *a priori* nous conduire aux solutions que l'examen des faits nous a permis de dégager *a posteriori*. La Cour de cassation, tribunal suprême de l'ordre judiciaire, n'a jamais été conçue comme une seconde Cour d'appel, mais comme le juge du droit. Elle ne tranche pas les différends, elle juge les jugements. Elle ne connaît des faits qu'en ce qui concerne leur qualification juridique. Les lois politiques bornèrent son activité en général aux litiges privés et à l'application des lois répressives, aussi était-il légitime que dans les cas relativement rares où elle était sollicitée d'intervenir en matière administrative, elle eût cru devoir user de sa méthode d'interprétation stricte du seul droit dégagé de toute considération de fait, et

1. Hauriou, *op. cit.*

en l'absence de textes, demander au droit civil des principes pour trancher les litiges ignorés du droit public, bloc législatif sans vue d'ensemble et sans grande cohérence.

La juridiction administrative n'a ni la même fonction ni le même esprit. A l'occasion de l'excès de pouvoir, MM. Jacquelin et Artur ont mis en lumière la cause des hardiesses et de la progressivité du Conseil d'État. Dans une mesure différente d'ailleurs, ils expliquent que la base de la juridiction administrative doit être recherchée dans la confusion des fonctions administrative et juridictionnelle. Nous aurons l'occasion d'examiner leurs deux points de vue, mais nous tenons dès maintenant à dire que leur raisonnement vaut aussi bien pour l'explication du phénomène juridique qu'est l'excès de pouvoir que pour l'analyse des méthodes d'interprétation pratiquées en général par les tribunaux administratifs.

Les diverses fonctions administratives, en raison des différences des connaissances exigées pour chacune d'elles et aussi du souci d'éviter l'arbitraire et la partialité doivent être exercées par des personnes différentes. Ce principe d'ordre théorique a été inconnu aussi bien sous l'ancien régime que sous la Révolution. Aujourd'hui même, malgré les apparences, il nous paraît méconnu. Avec M. Artur, nous pensons que deux caractéristiques ressortent de l'étude de notre organisation administrative juridictionnelle : 1° la réunion des fonctions d'admi-

nistrateur et de juge ; 2° l'institution du Conseil d'État comme auxiliaire dont jadis le chef de l'État ne pouvait se passer pour l'exercice de sa *jurisdictio* et pour l'examen des recours en annulation. Nous en ajouterons une troisième, mise en lumière par M. Jacquelin : la pénétration de l'esprit de l'administration active dans l'administration juridictionnelle.

Les lois des 7 septembre 1790 et 27 avril-25 mai 1791 ont confié le contentieux administratif en premier ressort et en appel aux directoires de district et de département, et établirent comme tribunal suprême le Conseil des ministres (nommé Conseil d'État), sous la direction du roi. Ce Conseil des ministres fut remplacé sous la Convention par un conseil exécutif provisoire composé des ministres, puis par le Directoire lui-même en vertu de la Constitution de l'an III. Ce fut une période de confusion absolue des fonctions. La Constitution de l'an VIII consacra définitivement le droit du chef de l'État de juger en Conseil d'État tout le contentieux administratif, et même les conflits entre l'autorité judiciaire et administrative. A plus forte raison devait-on consacrer le droit du chef de l'État de juger les conflits entre autorités administratives. Le chef de l'État, administrateur suprême, est aussi le juge administratif suprême. « Cette législation, écrit M. Artur (1), est à la fois très précise et très

1. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* (*Revue du Droit public*, 1903, t. XX, p. 415 et suiv.).

indéterminée. Très précise en ce qu'il en résulte incontestablement que tout le contentieux administratif et toute la fonction administrative aboutissent au chef de l'État. Très indéterminée en ce qu'elle ne définit ni ne limite rien, ni la fonction administrative, ni la fonction de juger, ni dans la fonction de juger les diverses catégories de contentieux qui se dessineront peu à peu aux mains du chef de l'État, et qui appartiendront plus tard au Conseil d'État investi d'un pouvoir propre. » Durant la plus grande partie du siècle, le Conseil d'État n'a pas connu ce pouvoir propre : il fonctionnait sous le régime de la justice retenue, et même bien plus il était composé des mêmes personnalités pour l'exercice de sa fonction délibérante et de sa fonction juridictionnelle. La pénétration des tendances de l'administration active dans la fonction juridictionnelle était complète, d'autant plus que le chef de l'État statuait lui-même aussi bien en matière contentieuse qu'en matière administrative.

Toutefois, il y a lieu de remarquer que le rôle du Conseil d'État différait suivant qu'il était conseil de gouvernement ou tribunal. La collaboration du Conseil d'État aux décisions administratives a toujours été facultative, en ce sens qu'il a toujours dépendu du gouvernement d'y recourir ou de s'en passer, sauf en présence de prescriptions formelles des lois. Au contraire, la collaboration du Conseil à la *jurisdictio* du chef de l'État et aussi à l'examen

des recours pour excès de pouvoir a toujours été considérée comme nécessaire.

Ainsi conçue, il faut constater que cette organisation, sans faire disparaître la confusion des fonctions, l'atténue jusqu'à un certain point. Si l'influence du chef de l'État reste considérable, le Conseil, auxiliaire permanent, a pu limiter l'arbitraire et donner au contrôle hiérarchique du chef de l'État un caractère juridictionnel. Toutefois, nous n'allons pas aussi loin que M. Artur qui affirme que dans cette organisation la confusion des fonctions s'est trouvée réduite à l'état de principe théorique. La réunion des fonctions d'administrer et de juger aux mains du chef de l'État n'implique pas, dit-il, qu'elles soient exercées en même temps par un seul et même acte. Ces fonctions s'exercent alternativement, elles se différencient par les conditions essentielles qui caractérisent chacune d'elles. Elles sont confondues en ce sens qu'elles sont théoriquement exercées par le même homme ; elles sont distinctes en ce sens qu'elles ne s'exercent pas en même temps, ni avec le même appareil extérieur.

Cela suffit à M. Artur pour affirmer que la confusion des fonctions est réduite à son minimum. Comment n'a-t-il pas vu que sa distinction toute formelle n'affectait en rien le fond des choses ? Qu'importe que les fonctions administrative et juridictionnelle s'exercent à intervalles et suivant des formes différentes, si c'est le même homme qui les accomplit : l'esprit qu'il apportera à l'une, il l'apportera aussi à l'autre.

Il se formera une unité de tendances qui portera la marque bien plutôt de l'activité administrative que de la spéculation juridique. Et c'est en réalité ce qui s'est produit. La création du détournement de pouvoir n'est-elle pas le plus sûr indice de pénétration de l'esprit administratif dans la justice ? comment concevoir ce pouvoir exorbitant laissé à un tribunal si ce tribunal n'est pas en réalité, dans ce cas, un supérieur hiérarchique pouvant annuler pour inopportunité un acte d'une autorité inférieure ?

Il semble que de nos jours la confusion des fonctions ait diminué : le régime de la justice déléguée a été substitué au régime de la justice retenue. La loi du 3 mars 1849 — pour quelque temps — et la loi du 24 mai 1872 — définitivement — ont décidé que le Conseil d'État statuerait souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative. Mais ce n'est pas à dire que le Conseil soit en réalité devenu un tribunal ; la réforme de 1849 et de 1872 a un caractère plus théorique que pratique : rien n'a été changé au fond, et l'esprit de la Haute Assemblée ne s'est pas modifié. C'est que, selon la remarque de M. Jacquelin, l'administration active et son esprit exercent encore une influence prédominante dans les conseils chargés de statuer au contentieux (1).

Sous l'Empire et sous la Restauration ce fut l'assemblée générale délibérant au contentieux qui

1. Pour les conseils de préfecture, voir Jacquelin, *op. cit.*, p. 204.

jugea les litiges administratifs, sous la présidence des ministres assistés de tous les conseillers en service ordinaire et en service extraordinaire. Ces derniers étaient—comme ils sont encore—des fonctionnaires purement administratifs qui ne devaient leur siège de conseillers qu'à leurs fonctions actives : la monarchie de Juillet les exclut de l'assemblée du contentieux. Le Conseil d'État, tribunal, ne fut plus composé que des conseillers en service ordinaire, lesquels d'ailleurs composent aussi exclusivement le personnel de la section du contentieux créée par les lois de 1872 et 1879. Le ministre, président du Conseil d'État, ne préside plus l'assemblée du contentieux. Il semble que la prédominance de l'administration active soit en régression, mais il n'en est pas de même de la pénétration de son esprit. Remarquons d'abord que les conseillers en service ordinaire siègent tantôt au contentieux, tantôt dans les sections administratives, où ils sont en contact avec le gouvernement et où fatalement ils s'imprègnent de son esprit. Ajoutons à cela que par leur recrutement les conseillers ont de multiples attaches avec l'administration active. Il n'est pas rare de voir un préfet appelé à un poste au Conseil d'État. En sens inverse certains fonctionnaires du Conseil reprennent place dans l'administration active. Il y a tout un échange de personnel qui ne va pas sans un échange d'influence. Il est fatal que le point de vue de l'administration active s'impose au tribunal, qui est d'autant plus préparé à le subir que, à la différence

de la Cour de cassation, il statue en fait comme en droit. En ce qui concerne plus spécialement la jurisprudence et ses caractères dont nous avons constaté l'unité, il faut signaler qu'elle s'est formée en grande partie sous le régime de la justice retenue, alors que la confusion des fonctions était plus manifeste encore que de nos jours. Son influence a perpétué l'état d'esprit créé par cette confusion.

En réalité les recours au Conseil d'État pour excès de pouvoir sont tous plus ou moins hiérarchiques au fond, malgré leur apparence juridictionnelle, et c'est la prédominance de l'esprit de l'administration qui les explique à la fois et les caractérise. Les décisions sont toujours plus ou moins empreintes de considérations de fait, d'équité générale et même d'opportunité ; ce que nous qualifions de hardiesse parce que nous nous obstinons à considérer le Conseil d'État comme autre chose qu'un conseil de gouvernement n'est que l'application pure et simple des méthodes d'un conseil consultatif placé à côté de l'administration active pour l'éclairer.

C'est donc bien à leur opposition d'origine et de fonctions que le Conseil et la Cour doivent leur divergence sur beaucoup de points irréductible, mais qui n'est pas sur certains autres et par exception exclusive d'une certaine pénétration dont il nous reste à examiner brièvement les conditions.

La loi n'est pas la seule source du droit ; il existe à côté d'elle un second élément, de nature complexe, d'origine obscure et de valeur contestable, la

coutume (1). Ce n'est pas une tâche aisée que d'en donner une définition. MM. GénY (2) et Lambert (3) l'ont tenté. On peut semble-t-il dégager de ces études deux éléments caractéristiques de la coutume, d'une part la répétition identique du même fait ou de la même idée, d'autre part la pensée d'une force de coercition, *l'opinio necessitatis*. Quant à son origine, elle est insaisissable parce que suivant la nature du droit qu'elle contribue à former elle change de point de départ. En droit privé elle émane de l'habitude populaire, elle se forme inconsciemment, tacitement ; en droit public au contraire l'influence de l'écrit sur sa formation est considérable ; l'influence sociale et populaire presque nulle. Ce sont les auteurs qui, dans les milieux administratifs et judiciaires, sèment la graine qui germera. La coutume y est d'ordre doctrinal.

Or, la jurisprudence a été de tout temps en rapports étroits avec la formation coutumière. C'est elle qui lui sert de propulseur ou de consécration. Mais quel accueil lui font respectivement la Cour de cassation et le Conseil d'État ? Ces deux juridictions sont-elles aussi sensibles à l'évolution coutumière ? Évidemment non ? Le Conseil d'État, moins lié par les textes et par sa fonction, est sensible extrême-

1. Voir sur la coutume comme source formelle de droit M. Lefebvre. Lille, 1906, p. 44 et suiv.

2. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

3. Lambert. *Étude de droit commun législatif*.

ment aux influences extérieures. La Cour, au contraire, fait moins de crédit à la coutume : elle lui demande une existence assez longue, et parfois même attend pour la consacrer à son tour qu'elle ait été formellement admise par le Conseil, à la suite de quoi elle se met parfois, mais toujours après de longues hésitations. C'est de cette manière que dans ces toutes dernières années elle a consenti à adopter la théorie coutumière du détournement de pouvoir, et, — ceci est très particulier —, en prenant pour base la formule textuelle élaborée par le Conseil.

De son côté la jurisprudence administrative ne s'est pas toujours refusée à considérer la jurisprudence judiciaire comme une coutume valable, et c'est ainsi que l'on a vu se mêler les deux extrêmes et se concilier les contraires. Toutefois, il convient d'observer que sa méthode d'interprétation stricte a conduit la Cour, une fois les éléments réunis d'une formation coutumière, à accepter en bloc et brusquement l'institution nouvelle, tandis que le Conseil scrutant l'esprit même des solutions de la Cour, comme il scrute l'esprit de la loi, ne parvenait que lentement et avec des distinctions subtiles — en liant peu à peu la coutume avec son système général préexistant — à la consécration complète de la théorie judiciaire.

Deux exemples préciseront la portée de ces considérations. Nous les avons choisis tous deux dans la théorie de l'excès de pouvoir parce que l'influence coutumière y a été toute puissante. L'un concerne

l'évolution de la Cour de cassation vers l'admission du grief de détournement de pouvoir, l'autre la recevabilité d'un recours contre les règlements du chef de l'État.

Nous avons vu que jusqu'à ces dernières années la Cour de cassation avait répugné à accepter la théorie du Conseil, trop subjective et trop dénuée de base législative, sur le détournement de pouvoir. Son attitude était d'autant plus caractérisée que de nombreuses fois elle s'était trouvée en conflit avec la jurisprudence administrative et que toujours elle avait affirmé le droit pour l'autorité de prendre toutes mesures dans la limite de ses pouvoirs, sans que la violation de l'esprit de la loi constituât un vice de sa décision. Mais tout en la répudiant la Cour avait connaissance de la tendance nouvelle du Conseil, et la persévérance de la jurisprudence administrative finit par constituer à ses yeux le second élément qu'elle exige de la coutume pour valoir texte législatif : *l'opinio necessitatis* ; elle décida en conséquence de sanctionner à son tour ce nouveau point de vue. Voici dans quelles circonstances s'est produit ce revirement curieux. Le sieur Goret avait obtenu le 21 septembre 1889 du maire de Bar-le-Duc, l'autorisation de placer sur les dépendances de la voirie urbaine des fils pour la distribution de la lumière électrique aux particuliers. Sur réclamation du concessionnaire de l'éclairage au gaz une décision du Conseil d'État en date du 26 novembre 1897 condamna la ville à des dommages-intérêts, que le maire crut

pouvoir éviter en retirant par un arrêté du 30 décembre 1898 la permission précédemment accordée au sieur Goret. Celui-ci, lésé, se pourvut devant le Conseil en invoquant le détournement de pouvoir, mais la juridiction administrative se refusa à admettre son point de vue (comme nous l'avons exposé ci-dessus, p. 68 et suiv.). En même temps procès-verbal ayant été dressé contre le sieur Goret pour infraction à l'arrêté du 30 décembre 1898, le juge de simple police avait relaxé le prévenu, l'arrêté du maire manquant de base légale. La Cour de cassation confirma ce jugement dans des termes qu'il importe de rappeler, car ils montrent bien à quel titre la Cour admettait la théorie du détournement de pouvoir :

Considérant, affirme-t-elle, que le maire agit en prenant l'arrêté de révocation de l'autorisation, non dans l'intérêt de la voirie ou dans l'intérêt public, mais dans l'intérêt privé de la commune, et par suite que *l'usage qu'il fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui sont conférés* (1).

Ce sont les termes mêmes usités par le Conseil d'État dans ses arrêts. Il semble que la Cour ait attendu que la coutume se soit fixée en une formule immuable et précise pour accepter la théorie nouvelle, la consacrer à son tour, et admettre contrairement à sa méthode ancienne une recherche subjec-

1. Cass., 25 oct. 1900. S. 1903. 3. 303.

tive de but et d'intentions à l'occasion des actes administratifs.

Il ne faudrait pas voir là l'indice d'un changement de tendances, car la Cour s'est empressée d'appliquer à la coutume ainsi adoptée sa méthode d'interprétation stricte : chaque fois que le cas se présentera devant elle, chaque fois que le but, en vue duquel les pouvoirs sont conférés, ne sera pas atteint, elle refusera l'exécution. Cela est si vrai que dans l'espèce Goret la Cour a dans la rigueur de sa formule appliqué la théorie du détournement de pouvoir, tandis que le Conseil d'État invoquait contre l'idée de détournement de pouvoir des arguments tirés de la nature spéciale des permissions de voirie envisagées, et des circonstances de la cause :

Considérant, disait-il, que si en règle générale les permissions de voirie bien que précaires et révocables ne peuvent être retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en font pas une obligation, il doit en être autrement lorsqu'au lieu de concerner de simples particuliers ces permissions sont accordées en vue de favoriser des entreprises dont le maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée.

Voilà une nouvelle formule restrictive cette fois, qui marque une évolution dans la jurisprudence administrative et qui, si elle s'affirme et se maintient, pourra servir de base à une évolution parallèle de la Cour de cassation.

En sens inverse l'histoire de la théorie de la recevabilité du recours contre les actes réglementaires du chef de l'État opposa longtemps et non moins nettement les deux méthodes et les deux esprits avant que l'évolution n'eût ébauché un rapprochement. La base législative était insignifiante de chaque côté : l'article 471-15° inséré en 1832 était extrêmement général, parlait des « actes légalement faits par l'autorité administrative » ; le Conseil n'était guère plus embarrassé, puisqu'aucun texte ne le restreignait et que la loi de 1872 était aussi générale que le Code pénal.

Sur cette table rase deux constructions distinctes ont été édifiées. On sait que le chef d'État exerce son pouvoir réglementaire soit spontanément en vertu d'une disposition de l'article 3 § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, soit en vertu d'une compétence à lui attribuée par le parlement dans un texte législatif. Ainsi, de sa propre autorité, il prend un règlement pour compléter une loi ou en déterminer les détails d'application, pour organiser des services publics (décrets du 17 septembre 1900 et 2 janvier 1901 sur les conseils du travail) ou pour assurer la sécurité publique (décrets du 10 mars 1899 et 10 septembre 1901 sur la circulation des automobiles). D'autre part, sur l'invitation du parlement il précise les détails d'application d'une loi (décrets du 29 décembre 1905, 19 janvier 1906, 16 mars 1906 sur la séparation des Églises et de l'État, ou il règle une matière indiquée seulement par les Chambres

(décrets du 18 août et 18 novembre 1906 sur l'avancement et l'entrée dans la magistrature), ou enfin il fixe le droit colonial.

Depuis 1810 la Cour de cassation a renoncé à sa superstition première pour les règlements et s'est prononcée pour l'admission de l'exception d'illégalité. Elle s'attaqua (1) d'abord aux arrêts municipaux et préfectoraux de police.

Sous la Restauration elle posa le principe que les tribunaux connaissent de la légalité des règlements ordinaires de police, même des ordonnances royales (2); sous la monarchie de Juillet, grâce à l'impulsion donnée par l'article 471-15° du Code pénal l'exception d'illégalité frappa tous les règlements ordinaires (3).

A la fin du second Empire et sous la troisième République, l'exception d'illégalité est définitivement admise contre tous les règlements quels qu'ils soient (4). Cette doctrine dont l'évolution, peu rapide il est vrai, mais fort cohérente n'avait été retardée que par des timidités dues aux circonstances et à la politique, a abouti plus simplement au contrôle universel que ne le fit le Conseil d'État dont l'évolution fut plus heurtée et plus lente encore.

1. Cass., 10 et 17 juillet 1810. S., 1^{re} série, t. III. 1, p. 224.

2. Notamment Cass., 15 janvier 1829. S., 1^{re} série, t. IX, p. 214.

3. Cass., 14 juin 1844. Dalloz, *Jur. gén.*, V^o Règlement administratif., p. 7, note.

4. Cass., 28 juillet 1873. — 25 juillet 1885. Puisards de Caen. D. 86. 1. 275. — Cass. Req., 26 juill. 1905. *Revue du droit public*, 1906, p. 74, note de M. Jèze. — Cass., 24 juill. 1900. S. 1902. 1. 457.

La juridiction administrative, approuvée d'ailleurs par la doctrine, refusait encore sous la Restauration d'examiner les règlements du chef de l'État (1). Malgré une tentative faite de 1845 à 1850 pour connaître au moins des règlements simples (2), malgré l'appui de Vivien dans ses *Études administratives*, tous actes généraux du chef de l'État furent encore sous le second Empire traités comme les règlements d'administration publique et soustraits à tout recours juridictionnel. L'évolution s'accrut de plus en plus, mais encore avec bien des hésitations après la réorganisation de 1872. Le Conseil d'État admit le recours pour excès de pouvoir contre les règlements simples, mais le rejeta en principe pour les règlements d'administration publique et les règlements coloniaux (3) malgré l'influence que pouvait avoir la jurisprudence de la Cour de cassation. Pourtant il s'efforce, par des moyens indirects, d'atténuer la rigueur de ses solutions sans toutefois abandonner le fond de sa doctrine. C'est à ce moment que l'influence de la Cour commence à se faire mieux sentir et que la coutume qu'elle sanctionne s'infiltré au Conseil d'État. Il reçoit les recours contre les actes individuels pris en exé-

1. Cons. d'État, 11 mai 1807. Desmazes. — 10 déc. 1816. Lits militaires. — 27 oct. 1817. Sallet. — 12 mai 1819. Louy. — 22 déc. 1824. Haïnque. — Cornemin, *Questions de droit administ.*, 3^e édit., p. 62. — Trolley, *Cours de droit administ.*, I, p. 164.

2. Cons. d'État, 25 avril 1845. Lebon., p. 213. — 20 nov. 1845. — 10 mai 1851. Lebon, p. 348.

3. Cons. d'État, 20 déc. 1872. Lebon, p. 747. — 1^{er} avril 1892. Lebon, p. 328. — 8 juil. 1892. Lebon, p. 607. — 16 nov. 1894. Lebon, p. 593.

tion d'un règlement d'administration publique illégal : ainsi il annule par arrêt du 6 janvier 1888 (Lebon, p. 2) une décision ministérielle refusant de conférer par application du décret du 21 décembre 1886 un grade militaire à un ingénieur qui y avait précédemment droit, et cela parce que le décret de 1886 quoique portant la mention « le Conseil d'État entendu » n'avait pas en réalité été rendu en Conseil d'État.

Mais alors peut-on se demander pourquoi s'arrêter ainsi, et déclarer intangible un règlement dont les mesures d'exécution pouvaient être annulées ? La doctrine réclamait depuis longtemps (1), mais le Conseil d'État hésitait, comme il hésite encore, à abandonner une théorie qu'il avait créée de toutes pièces : la théorie de la délégation de la puissance publique. Originellement l'irrecevabilité du recours se justifiait par ce motif que le Conseil d'État ayant déjà donné son avis sur les règlements d'administration publique ne pouvait ensuite conclure à une annulation. Sans insister sur cette règle, on peut faire remarquer que l'avis d'une part pouvait ne pas avoir été suivi, et que d'autre part des personnalités différentes étaient appelées à se prononcer

1. Aucoc, *Conf. de dr. admin.*, 3^e édit., t. I, n° 254. — Bathic, *Traité de dr. publ. et admin.*, 2^e édit., p. 68 et suiv. — Ducrocq, *Dr. admin.*, 7^e édit., t. III, p. 143. — Esmein, *Droit constitutionnel*, 4^e édit., 1906, p. 581 et suiv. — Berthélemy, *Traité élém. de dr. admin.*, 5^e édit., p. 103. — Duguit, *Dr. const.*, § 140, p. 1020 et suiv. — Jèze, *Principes généraux du dr. admin.*, 1904, p. 111. — Moreau, *le Règlem. admin.*, p. 280 et suiv.

puisque l'assemblée du contentieux diffère de l'assemblée générale. Plus tard et jusqu'à ces toutes dernières années, le Conseil substitua à cette doctrine toute formelle une autre théorie présentée par M. Moreau (1) sous la forme syllogistique suivante : les règlements d'administration publique sont faits en vertu d'une délégation consentie par le pouvoir législatif, ils sont donc semblables aux lois et soumis à leur régime ; or celles-ci ne sont pas exposées au recours en annulation, donc les règlements en Conseil d'État échappent à toute voie de recours. Le syllogisme est en forme ; mais les prémisses sont fausses à notre avis. A M. Moreau qui admet cette doctrine dangereuse, tout en essayant d'en restreindre les effets, nous opposerons la remarquable argumentation de M. Nézard (2) dans son ouvrage sur le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique : « Pour prouver qu'il n'existe aucune différence de nature entre la loi et le règlement, il faudrait démontrer que le contenu du règlement et le contenu de la loi sont identiques et que des mesures quelconques peuvent indifféremment être prises dans l'un ou l'autre acte. Or, il n'en est pas ainsi, ni dans notre droit public actuel, ni dans les régimes antérieurs, ni dans les pays voisins. Des mesures ne peuvent constitutionnellement être prises

1. Moreau, *op. cit.*, p. 289 et suiv.

2. Nézard, *le Contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, p. 30 et suiv.

que par des lois et jamais par des règlements, dans un régime de droit ou de légalité qui place les droits individuels sous la protection des représentants élus par la nation ; ce sont celles qui portent atteinte à la propriété, notamment par l'établissement d'impôts, à la liberté par la création de peines ou de juridictions. La loi et le règlement n'ont donc pas le même contenu ; celui du second est toujours subordonné à celui de la première ; ils possèdent l'un et l'autre une nature juridique différente. »

Non seulement il est inadmissible d'assimiler la loi et le règlement, mais encore il est faux de poser qu'éventuellement le législateur peut déléguer son pouvoir et hausser jusqu'à lui le règlement, qui normalement doit lui être subordonné. Certains auteurs admettent pourtant que la délégation de pouvoir est chose fréquente et qu'elle confère au chef du pouvoir exécutif le droit de créer de nouvelles règles de droit. Avec MM. Esmein et Berthélemy (1), M. Nezard (p. 34) s'élève contre cette théorie : « Les compétences respectivement attribuées aux organes et aux agents de la puissance publique ne se délèguent pas. Les prérogatives qui leur ont été confiées par la constitution ne sont pas des droits propres mis à leur disposition, mais des missions qui leur sont

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, 4^e édit., 1906, p. 580 et suiv., et *De la Délégation du pouvoir législatif*, *Rev. polit. et parlem.*, 1894, t. I, p. 209 et suiv. — Berthélemy, *le Pouvoir réglementaire du Président de la République* (*Rev. polit. et parlem.*, 1898, t. XV, p. 5 et 322).

imposées et qu'ils doivent exercer eux-mêmes, car c'est en considération de leur organisation et de leur situation que ces fonctions leur ont été attribuées. S'ils s'en déchargeaient sur un mandataire ils substitueraient à la constitution établie une autre constitution. Le pouvoir constituant aurait le droit d'opérer cette substitution ; mais ce que peut faire le pouvoir constituant est interdit aux pouvoirs constitués, qui n'existent et n'agissent valablement que dans les limites de la loi organique. »

Quelle que soit la valeur et l'évidence des critiques dirigées contre la théorie de la délégation, quelle que soit l'influence des décisions de l'autorité judiciaire si libérale en cette matière, le Conseil d'État n'a rien abandonné en droit de son système, mais il a eu à nouveau recours à un procédé indirect pour obéir à la pression de l'opinion publique. Un arrêt du 6 décembre 1907 a marqué le début de cette évolution. Le gouvernement est autorisé par l'article 9 de la loi du 11 juin 1842 sur l'établissement des grandes lignes des chemins de fer à prendre les mesures et dispositions nécessaires pour garantir la police et la conservation des chemins de fer et de leurs dépendances. Il fut rendu en 1846 (15 novembre) une ordonnance à ce sujet, laquelle a été modifiée par un règlement d'administration publique du 1^{er} mars 1901, dans un sens fort rigoureux pour les compagnies : celles-ci s'estimant lésées par les charges nouvelles qui leur étaient imposées, au lieu de recourir à la jurisprudence en vigueur et de demander l'annulation des

mesures d'exécution du règlement, prirent les devants et attaquèrent le règlement lui-même. Le ministre et le commissaire du gouvernement, M. Tardieu, soutinrent les deux thèses opposées de la non-recevabilité et de la recevabilité. Dans un arrêt brièvement motivé (6 décembre 1907), le Conseil donna tort au ministre. « Considérant qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 le recours en annulation est ouvert contre les actes des diverses autorités administratives ; considérant que si les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent en conséquence l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas néanmoins, à raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, aux recours fixés par l'article 9 précité ; que dès lors il appartient au Conseil d'État statuant au contentieux d'examiner si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent dans les limites de ces pouvoirs ».

L'évolution n'est certes pas terminée, mais il est intéressant de constater que sans oser encore rejeter sa théorie de la délégation publique pour aboutir logiquement et complètement aux solutions de la Cour de cassation, le Conseil d'État a rendu son système inutile en juxtaposant à sa théorie matérielle du recours une nouvelle théorie exclusivement formelle aux termes de laquelle en tout état de cause

le chef de l'État demeure un agent administratif lorsqu'il exerce son pouvoir réglementaire. Dans ces conditions, et ce sera le dernier terme de l'évolution, il ne reste au Conseil qu'à étendre l'admission du recours à d'autres règlements rendus également sur une invitation des Chambres, invitation générale et permanente, aux décrets-lois concernant les colonies. Si les Chambres ont décidé d'appliquer une loi à une colonie, le pouvoir exécutif ne saurait dans son règlement prendre une mesure contraire à cette loi ; le Conseil devra donc rejeter sa jurisprudence antérieure (1) et recevoir les recours pour excès de pouvoir contre les règlements coloniaux, comme l'a fait depuis longtemps la Cour de cassation qui a déclaré — tout en rejetant au fond la demande — l'exception d'illégalité éventuellement recevable contre les décrets en question (2). Dans l'admission complète de la jurisprudence judiciaire le Conseil d'État trouvera le moyen d'éviter l'accusation d'arbitraire encourue par lui à l'occasion des « difficultés, des raisonnements embarrassés et des pétitions de principes » (3) qui encombrant ses arrêts. Ce n'est pas qu'il n'ait encore subi cette influence : nous le voyons tendre vers le but proposé, mais toujours

1. Cons. d'État, 16 nov. 1894. Lebon, p. 593.

2. Cass., 28 août 1902. S. 03. I. 489 et note Roux. — 11 sept. et 31 oct. 1902. S. 03. I. 490. — 15 nov. 1902 et 5 février 1903. S. 03. I. 491. Ils'agissait des décrets du 27 mars et 28 mai 1902 organisant en Algérie une nouvelle juridiction répressive pour les indigènes.

3. Moreau, *le Règlement administratif*, p. 289 et suiv.

embarrassé de systèmes dangereux dont il hésite à se défaire.

En résumé, nous avons dans cette partie de notre étude assisté à cette évolution paradoxale qui a fait que le Conseil malgré sa grande liberté hésita plus que la Cour à justifier sinon à accepter les solutions désirables et libérales et cela tient dans l'espèce que nous avons choisie, au souvenir opprimant des origines du Conseil. Transformé seulement dans sa forme en 1872, il est resté dans son essence un conseil consultatif, de telle sorte que s'il a pu se montrer sévère et hardi à l'égard des autorités inférieures, il a au contraire été incité à une grande timidité à l'égard des actes du chef du pouvoir exécutif qui durant tout un siècle fut son chef hiérarchique direct.

L'étude statique en quelque sorte des deux jurisprudences nous a conduits à une caractéristique que justifie l'étude dynamique de chaque phénomène : objectivité, respect de la lettre de la loi, sanction de la coutume bien établie, d'un côté ; subjectivisme, méthode de gouvernement, appréciation des faits, création de droit prétorien, de l'autre. Ce n'était donc pas une étude vaine puisque l'unité de chaque jurisprudence nous a permis de saisir l'esprit de chaque tribunal et de corroborer nos conclusions par l'histoire de chaque juridiction.

CONCLUSION

Les contrariétés de décisions auxquelles nous avons entendu nous borner ne sont susceptibles d'aucune conciliation forcée. Certes la coutume sanctionnée par chaque jurisprudence n'est pas sans exercer une certaine influence très souvent lointaine, sur les solutions contraires de l'autre, mais c'est là un phénomène historique et volontaire, non une obligation juridique. Le Tribunal des conflits ne pourrait rien en cette matière. Il n'est qu'un régulateur de compétences. Le conflit est le moyen pour le pouvoir exécutif soit d'empêcher les empiétements des tribunaux judiciaires sur l'administration active ou délibérante, soit de procurer l'application des règles françaises sur la séparation des pouvoirs en retirant aux tribunaux judiciaires les litiges administratifs que la loi ne leur a pas expressément dévolus et qui doivent, suivant la conception admise, appartenir à la juridiction administrative (1). Il faudrait donc bien se garder de considérer le Tribunal des conflits comme un tribunal supérieur d'appel, et comme un conciliateur. Son rôle est plus modeste,

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 54.

encore que souvent fort difficile à remplir : il répartit les litiges entre les tribunaux chargés d'en connaître.

Or, les questions que nous avons examinées ne comportaient aucune intervention à ce genre : la question de compétence y est résolue soit par la loi même, soit aussi par le Tribunal des conflits comme en matière de délimitation du domaine public. Les divergences n'ont pu commencer qu'une fois ce point acquis, et sa part de compétence attribuée à chaque juridiction.

Doit-on souhaiter l'unité de doctrine et la diminution des contrariétés de décisions ? Ont-elles un effet mauvais pour l'administration et pour les particuliers ? Sans hésiter nous répondrons qu'elles sont déplorables à tous égards.

Elles énervent les pouvoirs publics, gênés dans leur activité, beaucoup moins par telle ou telle prohibition ferme, que par l'instabilité que nous avons constatée. Un règlement de police pourra se trouver opposé à lui-même : le gouvernement aura beau obtenir l'assentiment du Conseil d'État, et l'affirmation de la légalité de la mesure, rien n'empêchera les tribunaux judiciaires de la rendre illusoire en refusant d'en appliquer la teneur. Il y a dans cette situation une cause de scandales permanents que rien ne peut faire cesser. Bien plus, cet état d'instabilité conduira à opposer l'un à l'autre l'État et un de ses démembrements, sans profit ni utilité : chaque administration sera soumise à un régime

différent et même opposé. Or cette opposition évoque immédiatement la pensée que l'une des deux juridictions au moins, quelle qu'elle soit, se trompe, et c'est un autre scandale qu'on ne peut éviter.

Au premier abord les particuliers semblent devoir être moins victimes de cet état de choses que l'administration. Dans leurs rapports avec celle-ci, ils n'ont pas d'initiative à prendre : les mesures viennent des pouvoirs publics ; les citoyens sont réduits à la défensive. L'existence d'un double contrôle sur les actes qui les concernent semble donc sauvegarder leur liberté ou tout au moins obliger à ne la réduire que dans une mesure strictement conforme à la légalité. C'est là l'opinion d'un certain nombre d'auteurs, que M. Cartault résume dans sa thèse sur l'excès de pouvoir (1). Ce n'est pas la nôtre, et pour plusieurs raisons. D'abord, en face du scandale dont nous avons parlé et qui n'affecte que l'administration, une autre conséquence de la dualité de contrôle sur les règlements de police paraît déplorable. N'avons-nous pas vu parfois un règlement appliqué par les tribunaux judiciaires pendant plusieurs années pour être un jour annulé par le Conseil d'État pour cause d'excès de pouvoir. Quelle ne sera pas l'indignation des contrevenants passés, frappés d'une condamnation pour infraction à un acte déclaré maintenant sans valeur légale ?

1. Cartault. *De l'Excès de pouvoir*. Thèse de Paris, 1911, p. 217. en note.

Dans les autres cas où peuvent s'opposer les deux juridictions, sauf peut-être en matière de délimitation du domaine public, la garantie des particuliers est fort illusoire. Ils ne sont en effet pas libres de choisir la juridiction la plus élémentaire à leurs intérêts. Ils subissent la compétence née de leur situation juridique : un propriétaire, selon qu'il sera en bordure de la grande ou de la petite voirie devra subir la compétence soit du Conseil d'État soit de la Cour de cassation, si bien que parfois le même individu pour la même infraction à l'édit de 1607 sera condamné d'un côté et absous de l'autre.

Il résulte de tout cela des conséquences à la fois tristes et grotesques dues exclusivement à l'absence de pouvoir coordonnateur. Mais ce vice d'organisation pourra engendrer un autre inconvénient plus grave encore pour les particuliers parce qu'il constitue un vrai déni de justice, et dont il nous reste à dire quelques mots. Il s'agit du phénomène que l'on appelle le « conflit de fait ». Il suppose lui aussi que deux juridictions sont saisies et compétentes pour statuer chacune dans sa sphère, quoique à propos de la même affaire. Il ne faut pas se dissimuler qu'une telle situation est extrêmement rare, mais il suffit qu'elle se soit produite une seule fois pour que l'on aboutisse, sans retour possible, « à la négation du droit et à l'absence de la justice ».

« C'est ce qu'a révélé une curieuse affaire déjà ancienne, heureusement restée isolée, et connue sous le nom d'affaire du navire *l'Iris*. Pendant la guerre

de Crimée un armateur de Fécamp avait donné à bail à l'État un de ses navires, *l'Iris*, en vue du transport de vivres et de munitions dans un port de ravitaillement de la mer Noire ; l'armateur avait pris soin d'assurer son navire à la fois contre les risques de mer à une compagnie privée, et contre les risques de guerre à l'État lui-même, en ce sens que l'État s'était engagé à l'indemniser en cas de perte ou d'avaries du bâtiment survenues pour cette cause : le navire ne put arriver au port de ravitaillement ; poussé par une tempête devant Sébastopol, il fut coulé par les canons de la place. L'armateur ayant intenté d'abord une action contre la compagnie d'assurances devant les tribunaux judiciaires, ceux-ci déclarèrent tant en appel qu'en première instance (1) qu'il n'y avait pas eu risque de mer, et par conséquent que la compagnie ne devait être condamnée à payer aucune indemnité ; se retournant alors contre l'État, l'armateur porta sa demande devant le ministre, puis en appel devant le Conseil d'État ; ces deux juridictions jugèrent qu'il n'y avait pas eu risque de guerre et par suite que l'État n'était pas responsable. Dans cette affaire y avait-il eu risque de mer ou risque de guerre ? c'est là une question de droit maritime qui importe peu ici ; ce qui est certain c'est que l'un des deux risques au moins s'était produit, c'est que l'un des deux ordres de juridictions avait mal jugé, et c'est qu'aucun tribunal n'était

1. Rouen, 2 avril 1856. D. 56. 2. 221.

compétent pour dire de quel côté était l'erreur. En effet, l'élévation du conflit dans ce cas était impossible et le juge du conflit ne pouvait être saisi, car les deux juridictions étaient compétentes, chacune en ce qui la concernait ; le conflit était donc hors de cause ; eût-il été possible du reste, comme l'administration a le droit exclusif de l'élever, il est douteux qu'elle se fût prévalu de cette prérogative en cette hypothèse, puisque cela aurait pu tourner à son désavantage (1). »

De quelque côté que l'on se tourne, les situations apparaissent compliquées et dangereuses. Malheureusement, aucun remède ne peut être apporté à cet état de choses ; il est la conséquence fatale, inéluctable de la conception française de la séparation des pouvoirs ; deux justices ne peuvent fonctionner parallèlement ; il est des espèces où les deux compétences doivent un jour se rencontrer. On peut en diminuer le nombre, on ne peut les supprimer entièrement. Chaque juridiction apportera son esprit et ses méthodes : la justice administrative est trop intimement liée avec l'administration active, trop pénétrée de son esprit, trop habituée à se placer au même point de vue, trop incitée à le faire par les pouvoirs exorbitants du droit commun qui lui sont conférés à l'égard des actes des autorités, pour adopter jamais les méthodes judiciaires ; à l'inverse, la Cour de cassation est trop liée par sa fonction et par

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 75-80.

ses origines à l'observation littérale des lois, trop en contact avec le droit civil pour égaler en hardiesse et en indépendance le Conseil d'État. Nous sommes et resterons dans un cercle vicieux, tant que la séparation des pouvoirs sera organisée de manière à assurer uniquement à l'administration son entière indépendance.

Et nous ne saurions mieux faire pour conclure que d'appeler brièvement l'attention sur l'ironie des choses et sur les facéties du temps. Le législateur révolutionnaire méfiant à l'égard des juges, désireux d'assurer au pouvoir une absolue liberté, d'organiser une répression sévère des contraventions aux lois administratives, s'est confié à une institution dont il espérait le plus grand bien. Or, il n'est pas de tribunal qui, plus que le Conseil, en ait pris à son aise avec les textes. Dans les cas (voirie par exemple) où l'on espérait en sa rigueur, il s'est montré d'une bienveillante faiblesse. Loin d'appuyer en tout l'administration, il a retourné contre elle ses propres méthodes ; il a substitué l'équité générale aux textes imprécis : il a été la vraie source du droit administratif, et ce droit consiste le plus souvent en des limites parfois rigoureuses apportées au bon plaisir et à l'arbitraire exécutif. L'administration juridictionnelle a trahi les espoirs mis en elle, et c'est l'autre pouvoir qui, en dépit des appréhensions, s'est montré le plus fidèle et le plus soumis au législateur qui le reniait jadis.

La vie des institutions comme celle des hommes

est chose curieuse et déconcertante ; il s'en dégage une impression d'ironie à l'égard du mirage des plus belles théories, comme aussi une leçon de scepticisme dont parfois le législateur pourrait faire son profit.

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu : le Président de thèse,
RENÉ JACQUELIN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

I

OUVRAGES GÉNÉRAUX DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édition, 1897. Paris.
- AUCOC. — Conférences sur l'administration et le droit administratif, 2^e édition, 1885-1886. Paris.
- AUCOC. — Conclusions, Dalloz, 1868. 3. 65.
- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (Revue du droit public, 1903, t. XX).
- BARTHÉLEMY. — Du Conseil d'État (Revue critique de jurisprudence en matière civile, t. XIV, p. 526).
- BATBIE. — Traité de droit public et administratif, 2^e édition, 1885. Paris, Larose.
- BECCQUET. — Répertoire de droit administratif. Paris, Dupont.
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif. Paris, A. Rousseau.
- BLANCHE et DE MOUY. — Dictionnaire général d'administration, 1904. Paris, P. Dupont.
- BLOCK (M.). — Dictionnaire de l'administration française, 1905, Paris, Berger-Levrault.
- BOUCHARD, — Limites du contentieux administratif. Thèse, 1905. Paris.
- BOULATIGNIER. — Dictionnaire général d'administration.

- BRÉMOND. — Traité théorique et pratique de la compétence administrative, 1894. Paris, Larose.
- BRÉMOND. — Examen doctrinal de jurisprudence administrative (Revue critique de législation et de jurisprudence, nouvelle série, années 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902).
- CORMENIN (DE). — Questions de droit administratif, 3^e édition, 1837. Paris.
- DARESTE. — La Justice administrative en France, 1898. Paris, Durand.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 1867-1882. Paris, Pedone-Lauriel.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif, 1897-1905. Paris, Fontemoing.
- Études de droit public, 1887. Poitiers, Oudin.
- DUFOUR. — Traité général de droit administratif, 1857-1904. Paris.
- DUGUIT. — Manuel de droit public français, 1907. Paris, Fontemoing.
- Études de droit public ; t. I : l'État, le droit objectif et la loi positive ; t. II : les gouvernants et les agents, 1901-1903. Paris, Fontemoing.
- Traité de droit constitutionnel, 1911. Paris, Fontemoing.
- La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789.
- ESMEIN. — Éléments de droit constitutionnel, 1906. Paris, Larose.
- De la Délégation du pouvoir législatif (Revue politique et parlementaire, 1894, t. I, p. 209 et suiv.).
- FÉRAUD-GIRAUD. — Code de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, 1892. Paris, Lauriel.
- GAUTIER. — Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires, 1879. Paris, Lahure.
- Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public, 1880. Paris, Lahure.

- GENY.** — Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, 1899. Paris, Ch. Marescq.
- HAURIUO.** — Précis de droit administratif, 1907. Paris, Larose.
- La Gestion administrative, 1899. Paris, Larose.
 - Principes de droit public, 1910. Paris, Larose.
- IDOUX.** — Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation quant aux points qui leur sont communs. Thèse de Paris, 1908, Giard et Brière.
- JACQUELIN.** — La Juridiction administrative dans le droit constitutionnel, 1891. Paris, Giard et Brière.
- Les Principes dominants du contentieux administratif, 1899. Paris. Giard et Brière.
- JÈZE.** — Les Principes généraux du droit administratif, 1904. Paris, Nancy, Berger-Levrault.
- LAFFERRIÈRE.** — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1896. Paris, Berger-Levrault.
- LAMBERT.** — Étude de droit commun législatif, 1903. Paris-Giard et Brière.
- LEFEBVRE (M.).** — La Coutume comme source formelle de droit, 1906. Lille, Camille Robbe.
- MARCADÉ et PONT.** — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 1850-1872. Paris, Cotillon et Delamotte.
- MARIE.** — Le Droit positif et la jurisprudence administrative, 1903. Paris, Ch. Marescq.
- MERLIN.** — Questions de droit (recueil alphabétique), 1810-1830.
- MICHOUD.** — La Personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine (Festschrift. O. Gierke, p. 493).
- MONTESQUIEU.** — De l'Esprit des lois.
- NEZARD.** — Éléments de droit public, 1911. Paris, Rousseau.
- ROMIEU.** — Conclusions. Affaire Tomaso Gréco, 10 février 1905. Lebon, 1905, p. 139.
- SAINT-GIRONS.** — Essai sur la répartition des pouvoirs dans l'ordre politique administratif et judiciaire, 1881. Paris, Larose.

- SERRIGNY. — Questions et traités de droit administratif, 1854. Paris, Durand.
- SIMONET. — Traité élémentaire de droit public et administratif, 1902. Paris, Pichon.
- TROLLEY. — Cours de droit administratif, 1844-1854. Paris.
- VIVIEN. — Études administratives, 1859. Paris, Guillaumin.
- WORMS (R.). — La Juridiction du Conseil d'État et sa tendance actuelle. Académie des sciences morales et politiques, 1909, t. CLXXII, p. 650.

Recueils de jurisprudence et Codes annotés

- DALLOZ. — Code pénal annoté.
- Code des lois politiques et administratives.
 - Recueil de jurisprudence.
 - Répertoire de jurisprudence.
- SIREY. — Recueil de jurisprudence.
- FUZIER-HERMANN. — Répertoire de droit français.
- Pandectes françaises. Répertoire.
- LEBON. — Recueil des arrêts du Conseil d'État.

Revue

- Revue critique de législation et de jurisprudence.
- Revue du droit public et de la science politique.
- Revue historique.
- Revue de législation et de jurisprudence.
- Revue générale d'administration.
- Revue politique et parlementaire.

II

OUVRAGES SPÉCIAUX

- A. — *Règlements de police. — Excès de pouvoir et article 471-15° du Code pénal*

- BERTHÉLEMY. — De l'Exercice de la souveraineté par l'auto-

- rité administrative (Revue du droit public, avril 1904, p. 209 et s.).
- Le Pouvoir réglementaire du Président de la République (Revue politique et parlementaire, 1898, t. XV, p. 5 et 322).
- Note sous Cassation, 31 décembre 1903. Dalloz, 1904. I. 281.
- BLAËVOËT. — Des recours juridictionnels contre les mesures de police. Thèse, 1908. Paris.
- BLANCHE. — Étude sur les contraventions de police, 1891. Paris, Marchal-Billard.
- BRÉMONT. — Police administrative. Examen doctrinal de jurisprudence administrative (Revue critique de législation et de jurisprudence depuis 1895).
- CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE. — Théorie du Code pénal, 1887-1908. Paris, Marchal-Billard.
- CARTAUT. — De l'excès de pouvoir. Thèse, 1911.
- CROISSY (DE). — Dictionnaire municipal, 1903. Paris, Dupont.
- DAYRE. — Contraventions de police (Traité de procédure des tribunaux de simple police, 1882. Paris).
- EBREN. — Du détournement de pouvoir. Thèse, 1901. Lyon.
- FOURDINIER. — De l'excès de pouvoir en matière administrative, 1903. Paris, Pédone.
- GARRAUD. — Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1888-1896. Paris, Larose.
- GUILBON. — Traité des règlements et arrêtés administratifs et municipaux, 1859. Paris, Durand.
- HAURIU. — Notes dans Sirey, 1901. 3.1; 1902. 3.33; 1903. 3 57 et 65.
- HENRION DE PANSEY. — Du Pouvoir municipal, s. d. Paris, René.
- LE POITTEVIN. — Dictionnaire des parquets et de la police judiciaire, 1909. Paris.
- MOREAU. — Le Règlement administratif, 1902. Paris, A. Fontemoing.
- NEZARD. — Le Contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique, 1900. Paris, Berger-Levrault.

- ROMIEU. — Pouvoirs de police de l'autorité municipale (Revue générale d'administration, 1887, t. I, p. 294 et suiv.; t. II, p. 58 et suiv.).
- Conclusions. Tribunal des conflits, 2 décembre 1902. D. 1903. 3. 41; S. 1904. 3. 17.
- ROUX — Note sous Cassation, 31 décembre 1903. S. 1905 I. 425.
- SERGEANT. — Étendue des pouvoirs de la police municipale en matière de salubrité et de santé publique. Thèse, 1906. Paris, Jouve et C^{ie}.

B. — *Contraventions de voirie*

- AUCOC. — Voirie urbaine (Revue critique de jurisprudence en matière civile, t. XXI, p. 97).
- BORMANS. — Traité de l'alignement, 1879. Arlon, Brück.
- COTELLE. — Mémoire sur les résultats comparés de la jurisprudence concernant les alignements et permissions pour la grande et la petite voirie, 1862. Paris, Dunod.
- DES CILLEULS. — Traité de la voirie urbaine, 1877. Paris, Ducher.
- DELANNEY (L.). — De l'Alignement, 1891. Paris, Berger-Levrault.
- Note sous Cassation, 2 août 1907. D. 1910. I. 433.
- DOYAT. — Annales des ponts et chaussées, 1839, p. 114.
- FÉRAUD-GIRAUD. — Servitudes de voirie, 1850. Paris, Dalmont.
- Traité de la grande voirie, 1865. Paris-Strasbourg, Berger-Levrault.
- Traité de la voirie rurale, 1896. Paris, Marchal.
- GARNIER. — Législation et jurisprudence nouvelles sur les chemins et voies publiques, 1855. Paris, 14, rue de Tournon.
- GILLON et STOURM. — Traité de la grande voirie et de la voirie des villes, bourgs et villages, 1836. Paris, Dupont.
- GUILLAUME. — Traité de la voirie urbaine, 1908. Paris, l' Dupont.

HUSSON. — Traité de la législation des travaux publics et de la voirie en France, 1851. Paris, Videcoq.

LACANAL (P.). — Des Alignements. (Revue générale d'administration, 1884, t. II, p. 143 et suiv.).

MALEPEYRE. — Contraventions de petite voirie et de simple police, 1891. Paris, Marchal.

MARSALÈS. — Des Contraventions de grande voirie. Thèse, 1906. Paris.

MORIN. — De l'Alignement, 1888. Paris, Baudry.

RABANY et MONSARRAT. — Traité pratique de la voirie vicinale, rurale et urbaine, 1911. Paris, Berger-Levrault.

C. — *Délimitation du domaine public
fluvial et maritime*

AUCOC. — De la délimitation des cours d'eau (Revue critique de jurisprudence en matière civile, t. XXXIV, p. 121 et 433).

BARCKHAUSEN. — Théorie générale du domaine public (Revue du droit public, 1902, t. II, p. 401, 1903, t. I, p. 31).

BARILLEAU. — Compte rendu du cours de droit administratif de M. Ducrocq (Revue du droit public, 1901, t. XV, p. 529 et suiv.).

BERTHÉLEMY. — Délimitation des fleuves et rivières (Revue générale d'administration, 1899, t. I, p. 385).

BOUVIER. — La Délimitation du domaine public fluvial et maritime (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1899, n^{os} 1 et 2).

CHAVEGRIN. — Cours sur le régime des eaux, 1891-1892.

CHRISTOPHE et REVERCHON. — Examen doctrinal de jurisprudence (Revue critique, 1868, p. 585, 1872, p. 275).

DAVID. — Conclusions. Affaire Paris-Labrosse. S. 1873. 2, 25.

GARNIER. — Régime des eaux, 1839-1851. Paris, chez l'auteur.

GAY. — De la propriété des rivages de la mer et autres

dépendances du domaine public, 1870. Paris, Cotillon.

LAFERRIÈRE. — De la délimitation du domaine public (Revue critique, nouvelle série, t. I, p. 353, 1872).

PLOCQUE. — De la mer. Des cours d'eau navigables et flottables, 1870-1879. Paris. Durand.

SANLAVILLE. — La Délimitation des fleuves et rivières navigables (Revue générale d'administration, 1899, t. III, p. 385).

SCHLEMMER. — État actuel de la jurisprudence en matière de cours d'eau du domaine public (Annales des ponts et chaussées, 1874, t. VIII, p. 209).

D. — *Responsabilité de l'État et des communes*

BRÉMONT. — Responsabilité de l'État à raison des actes de puissance publique (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1900, t. LXVII, p. 321).

DAVID. — Conclusions. Affaire Blanco. Lebon, 1873, 1 supplém., p. 61.

HAURIU. — Les Actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique (Revue du droit public et de la science politique, 1896, t. VI).

LAROMBIÈRE. — Traité des obligations, Paris, 1857.

LESCUYER. — Responsabilité des communes (Revue générale d'administration, 1886, t. III, p. 152).

MICHOUD. — De la Responsabilité de l'État (Revue du droit public, 1895, t. III et IV).

MICHOUD. — Étude sur la responsabilité des communes, Paris, 1897.

MOYE. — Responsabilité de l'État (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906, t. LXXII, p. 1).

ROGER. — La Responsabilité civile de l'État. Thèse de Montpellier, 1900.

ROMIEU. — Conclusions. Conseil d'État, 27 février 1903.
Lebon, p. 179.

SOURDAT. — Traité de la responsabilité, Paris, 1902. Marchal-Billard,

TEISSIER (G.). — De la responsabilité de la puissance publique. Paris, 1906, Dupont.

— Conclusions. Conseil d'État, 29 mai 1903 et 11 décembre 1903. Lebon, 414. — Conseil d'État, Affaire Blanchard. Lebon, 1905, p. 496.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE INTRODUCTIF.—De la dualité de juridictions.	1
Répartition des compétences	4
Recherche d'un critérium théorique	4
Système législatif français.	6
Coexistence des deux ordres de juridictions à l'égard du même genre de litiges.	7
Des quatre principaux cas de coexistence.	9
I. — Règlements de police.	9
Compétence judiciaire	11
Compétence administrative	14
Critique de ce système	17
Influence réciproque des décisions de chaque ordre de juridictions	19
II. — Contraventions de voirie	22
Ancien régime et Révolution	23
Loi du 29 floréal an X.	24
Compétence judiciaire	26
III. — Délimitation du domaine public fluvial et maritime.	28
Nature de la délimitation	29
Historique des recours contre l'acte de délimi- tation	29
IV.— Responsabilité de l'État et des communes.	34
Doctrines et jurisprudence à l'égard de l'État .	35
Règles applicables à la responsabilité des com- munes.	38

Plan général.	43
CHAPITRE PREMIER. — Interprétation de la loi positive	
et des contrats.	45
Caractères généraux des deux jurisprudences. . . .	45
I. — Étendue d'application des textes généraux. . .	49
Loi sur la presse	49
La doctrine	50
Jurisprudence de la Cour de cassation	51
Jurisprudence du Conseil d'État.	53
II. — Sens et portée des textes imprécis.	54
De l'alignement.	55
Édit de 1607 (article 5).	55
Constructions à l'alignement.	55
Jurisprudence de la Cour de cassation	56
Jurisprudence du Conseil d'État.	58
Constructions en retraite	63
Conseil d'État	63
Cour de Cassation	63
Critique des deux systèmes opposés	64
III. — Détermination de la portée des contrats . .	66
Conventions pour l'éclairage public ou la dis-	
tribution d'eau	67
Conseil d'État	69
Cour de cassation	70
Conclusion	71
CHAPITRE II. — Absence de loi positive et création de	
droit prétorien	73
Généralités	73
I. — Prescriptions édictées sans sanctions	74
Application à Paris de la loi du 10 juillet 1894	
(tout à l'égout)	75
Conseil d'État	76
Cour de cassation	79
II. — Absence de toute disposition législative . .	83
A. — Cas où en l'absence de texte spécial, des	
principes généraux ou des règles de droit	
civil peuvent être invoqués	83

<i>a)</i> Responsabilité des personnes publiques.	84
Responsabilité de l'État	84
Responsabilité des communes	90
<i>b)</i> Délimitation du domaine public fluvial et maritime	95
Conseil d'État	96
Cour de cassation	97
Explication doctrinale de la jurisprudence des tribunaux civils.	98
<i>B.</i> — Absence de dispositions légales.— Absence de tout principe de droit privé.	104
Théorie du détournement du pouvoir	105
Conclusion	118
CHAPITRE III. — Caractères et évolution des jurispru-	
prudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation.	119
Peut-on s'en tenir au plus ou moins grand libéra-	
lisme	119
Du caractère plus ou moins progressiste de chaque jurisprudence.	120
Théorie proposée : objectivité de la jurisprudence judiciaire ; subjectivité de la jurisprudence admi-	
nistrative	121
Raison d'être des contrariétés de décisions.	123
1° En ce qui concerne le Cour de cassation.	123
2° En ce qui concerne le Conseil d'État.	124
Réunion des fonctions d'administrateur et de juge.	124
Institution du Conseil d'État comme auxiliaire nécessaire du chef de l'État pour l'exercice de sa juridiction.	126
Prédominance de l'esprit de l'administration active dans les conseils chargés de statuer au contentieux.	128
Évolution des deux jurisprudences. — Influence de chacune d'elles sur les solutions de l'autre.	130
A. — De la coutume. — Son influence.	130

B. — Évolution de la jurisprudence judiciaire en matière d'excès de pouvoir.	133
C. — Évolution de la jurisprudence administrative en ce qui concerne les règlements d'administration publique.	136
Caractère de l'évolution des deux jurisprudences.	145
CONCLUSION.	147
Absence de conciliation forcée entre les jurisprudences divergentes.	147
Inconvénient des contrariétés de décisions.	148
BIBLIOGRAPHIE.	155

